3 1761 07729945 1

Ex libris
max abels

ARTIBUS INGENUIS
J.C.B.
1661

Institutionen

des

Deutschen Verwaltungsrechts

von

Fritz Fleiner.

Dritte, vermehrte Auflage.

Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1913

LIBRARY
OCT 1970
UNIVERSITY OF TORONTO

JN
3553
F54
1913

Alle Rechte,
insbesondere das der Übersetzung, vorbehalten.

Druck von Oscar Brandstetter in Leipzig.

Die nachfolgende Darstellung versucht, die verwaltungsrechtlichen Erscheinungen, die in reicher Fülle im positiven Recht und in der reifen Praxis der deutschen Verwaltungsgerichte aufgespeichert liegen, auf ihre juristischen Grundlinien zurückzuführen. Von Jahr zu Jahr werden die Gesetze komplizierter. Um so mehr ist es Aufgabe des akademischen Lehrers, den Lernenden zu einer einfachen Anschauung des Rechts anzuleiten.

Heidelberg, im Mai 1911.

Die dritte Auflage ist durch Einarbeitung neuen Materials aus Gesetzgebung und Rechtsprechung vermehrt und durch die Ergänzungen erweitert, die seit dem Erscheinen der zweiten Auflage (Oktober 1912) notwendig geworden sind.

Heidelberg, im November 1913.

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/institutionendes00flei

Inhaltsverzeichnis.

Allgemeiner Teil.

Erstes Kapitel.

Grundbegriffe.

Seite

§ 1. Verwaltung 3

I. Verfassung und Verwaltung im weitern Sinne 3. — Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung i. e. S. — Vollziehung 4. — Regierung 5. — Öffentliche Verwaltung 5. — Juristische Mittel der öffentlichen Verwaltung 5. — Unterscheidung von Justiz und Verwaltung i. e. S. 6. — II. Verwaltungszweige i. Allg. 8. — Innere Verwaltung 8.

§ 2. Trennung der Gewalten 9

I. Standpunkt des absoluten Staats 9. — Montesquieu 10. — Rousseau 11. — Durchführung des Grundsatzes in Deutschland 11. — 1. Rechtsprechung 13. — 2. Verwaltung i. e. S. 17. — 3. Rechtsetzung 17. — II. Praktische Bedeutung der Trennung 18. — 1. Prinzipielle Selbständigkeit der verschiedenen Gewalten 19. — 2. Bedeutung von Vorfragen aus dem Gebiet der andern Gewalt 20. — III. Kompetenzkonflikte zwischen Justiz und Verwaltung 25.

§ 3. Geschichtliche Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft 31

I. Entwicklung des Verwaltungsrechts in Deutschland im Allg. 31. — 1. Periode der landesherrlichen Hoheitsrechte 31. — 2. Polizeistaat 32. — Kontrolle durch das Reichskammergericht 34. — Fiskustheorie 36. — 3. Verfassungsstaat 38. — Wandlung des Fiskusbegriffs 40. — Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht 41. — II. Verwaltungsrechtswissenschaft 44. — Verwaltungslehre 44. — Staatswissenschaftliche Methode 45. — Rein juristische Methode 46.

§ 4. Verwaltungsrecht 47

I. Aufgabe des Verwaltungsrechts 47. — 1. „Verwaltungsrecht“ kein geschlossenes Recht 48. — Verwendung des

Zivilrechts für Zwecke der Verwaltung 48. — Ausbildung eines besondern öffentlichen Rechts 49. — Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht 50. — Unwesentliche Unterscheidungsmerkmale (Vermögenswert, Rechtstitel, Gerichtsstand) 52. — Wesentliche Kriterien des Gegensatzes 53. — Konservierung alter Privatrechte 54. — 2. Findung der maßgebenden Vorschriften des öffentlichen Rechts 55. — 3. Zusammenwirken von öffentlichem Recht und Privatrecht 60. — 4. Bedeutung des Terminus „Verwaltungsrecht" 61. — „Deutsches Verwaltungsrecht" 62. — II. Verwaltungsvorschriften im Gegensatz zu den Rechtsvorschriften 62. — Deren Arten 66.

Seite

§ 5. Quellen des Verwaltungsrechts 68

I. Im Allgemeinen 68. — 1. Gesetz 68. — Vorrang des Gesetzes 69. — Verwaltungsrechtsätze in strafrechtlichem Gewand 69. — 2. Rechtsverordnungen 70. — a. Delegation des Verordnungsrechts 72. — Kraft der Rechtsverordnung, Richterliches Prüfungsrecht 73. — b. Arten der Rechtsverordnungen 75. — Polizeiverordnungen inbesondere 75. — 3. Autonomie 78. — Satzungsgewalt 79. — Umfang der Autonomie 79. — Staatliche Bestätigung 81. — Vereinbarung 82. — 4. Gewohnheitsrecht 83. — Altes Gewohnheitsrecht 84. — Neues Gewohnheitsrecht 85. — II. Nicht-Rückwirkung der Rechtsnormen 88.

Zweites Kapitel.

Die Träger der öffentlichen Verwaltung.

§ 6. Staatsverwaltung und Selbstverwaltung 91

I. Staatsverwaltung und staatliche Verwaltungsbezirke 91. — Verwaltungsbehörden und Verwaltungsbeamte 92. — Einheit der Verwaltung und Subordination 93. — Berufsbeamte und Ehrenbeamte 94. — II. Selbstverwaltungsverbände 95. — 1. Gemeinden und spezielle Verbände 96. — 2. Eigener und übertragener Wirkungskreis 97. — III. Juristische Bedeutung der Selbstverwaltung 97.

§ 7. Die Selbstverwaltungskörper insbesondere 99

I. Verbände des öffentlichen Rechts 100. — 1. Juristische Form dieser Verbände, Korporationen 101. — Gesellschaft 102. — Anstalt 103. — 2. Gegenseitige Durchdringung von Selbstverwaltung und Staatsverwaltung 105. — II. Charakteristische Merkmale der Selbstverwaltungskörper. — 1. Wirkungskreis im Allg. 105. — a. Obligatorische und fakultative Aufgaben 106. — b. Allgemeine und spezielle Aufgaben. — Gemeinden 106. — Kommunalverbände höherer Ordnung 109. — Eigener und

übertragener Wirkungskreis 110. — Selbstgesetzgebung 116. — 2. Staatsaufsicht über die Selbstverwaltungskörper 116. — Mittel der Aufsicht 117. Seite

Drittes Kapitel.

Grundverhältnis zwischen öffentlicher Verwaltung und Bürger.

§ 8. Die „gesetzmäßige" Verwaltung 121

I. Begriff der gesetzmäßigen Verwaltung 121. — „Freiheit und Eigentums"-Formel der Verfassungen 122. — Übergangsrecht 123. — Gewohnheitsrecht 124. — II. Volksvertretung als Schirmerin der Individualrechte 125. — Rechtsgleichheit 125. — Folgerungen: 1. Allgemeinbefehle 126. — 2. Durchbrechungen des Gesetzes (Verzicht, Dispensation) nur mit gesetzlicher Ermächtigung zulässig 127. — 3. Freies Ermessen nur intra legem 131.

§ 9. Inhalt der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse im Allgemeinen 132

I. Gesetzliche Normierung und freies Ermessen der Behörde 132. — Grenzen des freien Ermessens 133. — Ausschluß privatrechtlicher Regelung 135. — II. Gegenstand der Leistung 136.

§ 10. Subjekte der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse 137

I. Verwaltungsrechtliche Verhältnisse als persönliche Obligationen 138. — 1. Auf der Staatseite 138. — 2. Auf der Untertanenseite 138. — Keine Rechtsnachfolge im Allg. 139. — „Dinglichkeit" 140. — Fälle von Rechtsnachfolge 142. — Höchst persönliche Rechte 144. — Sondernachfolge in Pflichten 144. — Stellung des Rechtsnachfolgers 145. — II. Folgerungen 146. — 1. Persönlicher Nexus 146. — 2. Ausübung von Rechten und Pflichten durch Stellvertreter 148. — 3. Juristische Personen als Träger öffentlicher Rechte und öffentlicher Pflichten 151.

§ 11. Öffentliche Pflichten und öffentliche Rechte 154

Begriff 154. — I. Öffentliche Pflichten 155. — 1. Allgemeine Untertanenpflichten 155. — 2. Besondere Gewaltverhältnisse 155. — 3. Freiwillige Übernahme öffentlicher Pflichten 158. — II. Öffentliche Ansprüche 162. — 1. Gesetzvollziehungsanspruch und subjektives Recht 162. — Unterschied zwischen Reflex objektiven Rechts und subjektiven Rechten 163. — 2. Arten der subjektiven öffentlichen Rechte 166. — Verzicht auf öffentliche Rechte 169.

§ 12. Anspruchbegründende und pflichtbegründende Staatsakte . . . . . Seite 171

I. Gesetz 171. — Öffentlichrechtlicher Rückforderungsanspruch 171. — Öffentlichrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag 173. — II. Öffentliche Rechtsgeschäfte 174. — 1. Verfügung 175. — Inhalt der Verfügungen 176. — Vollziehungsverfügung und Gestaltungsverfügung 177. — Nebenbestimmungen: Bedingung, Auflage, Befristung 178. — a. Formalien der Verfügung 179. — Äußere Form 180. — Kundmachung 181. — Verfügungen mit Zustimmung des Betroffenen 182. — b. Rechtskraft der Verfügungen 184. — Formelle Rechtskraft 185. — Materielle Rechtskraft 186. — Unwiderrufliche Verfügungen 190. — c. Ungültigkeit der Verfügungen 194. — Nichtigkeit 194. — Widerruf und Anfechtbarkeit 196. — 2. Öffentlichrechtlicher Vertrag 199. — In Gesamtverhältnissen 200. — Zwischen Obrigkeit und Untertan 201.

§ 13. Der Verwaltungszwang 204

I. Zwang und Strafandrohung 204. — Verwaltungszwang, Verwaltungsexekution 206. — Mittel des Verwaltungszwangs — 1. Ungehorsams-(Exekutiv-)strafe 209. — 2. Ersatzvornahme 212. — 3. Unmittelbarer Zwang 213. — Sofortiger Zwang 216. — Öffentliche Notstände 217. — II. Zwang gegen den Staat 218. — Öffentlichrechtliche Geldforderungen gegen den Staat 219.

Viertes Kapitel.

Der Rechtsschutz.

§ 14. Die Beschwerde 220

I. Rechtsschutzmittel im Allgemeinen 220. — Gegenvorstellung, Anzeige 221. — II. Beschwerde 221. — 1. Beschwerdeinstanz 222. — 2. Ziel der Beschwerde 223. — Legitimation zur Beschwerde 223. — 3. Beschwerdeverfahren 224. — Suspensiv- und Devolutiveffekt 224. — Entscheid der Beschwerdeinstanz. Reformatio in pejus 226. — Rechtskraft der Entscheidung 226.

§ 15. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit 227

I. Geschichtliche Entwicklung 227. — Versuche zur Aufrichtung einer Administrativjustiz in den Einzelstaaten 229. — Erweiterungen des Rechtswegs 230. — Der „Justizstaat" 231. — Badischer Verwaltungsgerichtshof (1863) 232. — Errichtung von Verwaltungsgerichten in den übrigen Staaten 233. — Stellung des Reichsrechts 234. — Reichsverwaltungsgerichte 235. — Ziel der Verwaltungsgerichtsbarkeit 236. — II. Geltendes Recht 238. — 1. Charakter und Organisation der Verwaltungsgerichte 238. — 2. Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte 240. — Ursprüngliche und nachträgliche Verwaltungsstreitsachen 240. — Generalklausel und Enume-

rationsmethode 241. — 3. Schutz des subjektiven und des objektiven Rechts 243. — 4. Umfang der Prüfung der Verwaltungsakte 244. — Ermessensfragen 244. — Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen 246. — Prüfung von Tat- und Rechtsfragen 247. — Untersuchungsmaxime 248. — 5. Verfahren (Verwaltungsstreitverfahren) 248. — Rechtsmittel zur Anrufung der Verwaltungsgerichte 250. — a. Parteien 250. — Parteistreitigkeiten i. e. S. 251. — Legitimation und Beiladung 252. — b. Feststellungsklagen 253. — Verbot der reformatio in pejus 254. — c. Urteil 255. — Rechtskraft 257. Seite

§ 16. Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegenüber der Verwaltung. Die Beamtenhaftpflicht 261

I. Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegenüber der Verwaltung im Allgemeinen 261. — 1. Beamtenhaftpflicht insbesondere 261. — Haftung des Staats (der Gemeinde) an Stelle des Beamten 265. — „Vorentscheidung" 269. — 2. Zuständigkeit des Strafrichters gegenüber der Verwaltung 271. — II. Zivilgerichte als Verwaltungsgerichte 272. — Ordentliche Gerichte als Berufungsinstanzen über den Verwaltungsbehörden 272.

§ 17. Öffentlichrechtliche Entschädigung 273

I. Rechtmäßige obrigkeitliche Eingriffe in das Vermögen des Bürgers 274. — 1. Eingriffe durch die Gesetzgebung 276. — 2. Eingriffe durch Verwaltungsakte 278. — Privatrechtliche Eingriffe 278. — Obrigkeitliche Eingriffe fallen allein in Betracht 279. — Expropiation als Spezialfall 279. — Besteht im allgemeinen Entschädigungspflicht? 281. — Lösungsversuche 282. — Ersatz tritt nur auf Grund eines besonderen Rechtssatzes ein 285. — Träger der Ersatzpflicht und Umfang des Ersatzes 289. — II. Expropriation als Spezialfall 290. — 1. Die einzelnen Expropiationsfälle 291. — 2. Beschränkung der Expropriation auf das Notwendige 293. — 3. Volle Entschädigung in Geld 294. — 4. Expropriationsverfahren 295. — Expropriationsverträge 296.

Besonderer Teil.

Erstes Kapitel.

Der Verwaltungsapparat und seine Leistungen.

1. Die öffentlichen Anstalten.

§ 18. Begriff der öffentlichen Anstalt 299

I. Öffentliche Anstalten im allgemeinen 299. — Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Organisierung einer Anstalt 300. — Kriterien für den öffentlichrechtlichen Charakter 301. —

II. Folgerungen aus der öffentlichrechtlichen Natur 305. — Seite
1. Vorrang der öffentlichrechtlichen Anstalt 305. — a. Errichtung und Betrieb 305. — b. Anstaltspolizei 307. — c. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen 308. — 2. Verhältnis der Anstalt zu den Benutzern 311. — a. Benutzungszwang 311. — Benutzungsrecht 312. — b. Anstaltsgewalt 313. — Gebühren für Benutzung 314. — c. Haftung der Anstalt gegenüber den Benutzern 314.

§ 19. Konzession zur Errichtung öffentlicher Anstalten. 317

I. Faktische und rechtliche Monopole der öffentlichen Verwaltung 317. — II. Konzessionen an Private 321. — 1. Wesen der Konzession 321. — Ausschlußrecht 322. — Aufsicht über den Konzessionär 323. — Konzessionen für Errichtung von Verkehrsunternehmungen 323. — Entschädigung bei Verletzung der Konzession 324. — 2. Eisenbahnkonzession insbesondere 324. — Heimfall und Rückkauf 325. — Straßenbahnkonzessionen 326.

2. Die öffentlichen Sachen.

§ 20. Die öffentlichen Sachen im Allgemeinen 327

I. Finanzvermögen. Verwaltungsvermögen. Sachen im Gemeinverbrauch 327. — II. Rechtliche Behandlung der öffentlichen Sachen 328. — 1. Öffentlichrechtliche Seite 328. — 2. Privatrechtliche Seite 329. — Theorie vom „öffentlichen Eigentum“ 330. — Geltungsbereich des Privatrechts und des öffentlichen Rechts 333.

§ 21. Das Verwaltungsvermögen 336

I. Objekte des Verwaltungsvermögens 336. — Benutzungsordnung 338. — Staatsaufsicht 338. — II. Sondernutzungsrechte 339. — Kirchenstuhlvorrechte und Vorrechte auf Grabstätten 340.

§ 22. Sachen im Gemeingebrauch 341

I. Begriff und Arten. — 1. Öffentliche Wege, Straßen, Plätze, Öffentlichkeit (Widmung). Eigentumsverhältnisse 341. — Öffentlichrechtliche Wegeservitut 343. — Straßenfluchtlinien, Baufluchtlinien, Wegebaulast, Wegeunterhalt 344. — Wegepolizei 346. — 2. Die öffentlichen Gewässer. Arten 346. — Flußbett 347. — Wasserwelle 347. — Unterhaltspflicht 347. — Ausnützung öffentlicher Gewässer 347. — Zwangsbefugnisse und Wassergenossenschaften 348. — II. Benutzung der öffentlichen Sachen 349. — 1. Gemeingebrauch 349. — Schutz des Gemeingebrauchs, Vorteile des Gemeingebrauchs 350. — „Anliegerrechte“ 351. — 2. Gesteigerter Gemeingebrauch 352. 3. Sondernutzungsrechte 354. — Straßenbahnkonzessionen insbesondere 356.

Zweites Kapitel. Seite

Die verwaltungsrechtlichen Pflichten der Bürger.

1. Die allgemeinen polizeilichen Pflichten.

§ 23. Polizeigewalt und polizeiliche Beschränkungen der Bürger 359

I. Begriff der Polizei, historische Entwicklung des Polizeibegriffs 359. — Aufgabe der Polizei im modernen Recht 362. — Wohlfahrtspolizei 364. — Rechtliche Grundlage für polizeiliche Eingriffe 367. — II. Richtungen der polizeilichen Tätigkeit 369. — 1. Schutz des öffentlichen Rechts 369. — 2. Sorge für die öffentliche Sicherheit 369. — 3. Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung 370. — III. Schranken der Polizeigewalt 372. — 1. Gesellschaftliche Äußerungen 372. — 2. Störungen 374. — 3. Störer 375. — 4. Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingreifens 376.

§ 24. Die Polizeierlaubnis 377

Begriff 377. — Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt 377. — 1. Welche Tätigkeiten werden davon betroffen? 380. — 2. Natur der Polizeierlaubnis 382. — Wirkungen der Polizeierlaubnis 383.

2. Die öffentlichen Lasten.

§ 25. Die Naturalleistungspflichten 384

I. Begriff der öffentlichen Lasten im allgemeinen 384. — II. Naturalleistungspflichten insbesondere 385. — 1. Gemeine Lasten 386. — 2. Vorzugslasten 387. — 3. Verbandslasten 388.

§ 26. Die öffentlichen Abgaben 389

I. Natur der öffentlichen Abgaben 389. — 1. Steuern 390. — Steuersubjekt und Steuerobjekt 391. — Direkte und indirekte Steuern 392. — Steuerdomizil und Doppelbesteuerung 393. — 2. Gebühren 395. — Verwaltungs- und Benutzungsgebühren 395. — Entgeltscharakter 396. — 3. Beitrag 397. — II. Entstehung der Abgabenpflicht 399. — Veranlagung und Heranziehung 400. — Fälligkeit 401. — Verzugszinsen 401. — „Stempelabgaben“ 402. — Monopole 403. — Sicherungsmittel 404. — Privilegierung der öffentlichen Abgaben 405. — Rückforderung 406.

Register 409

Abkürzungen.

APLR. = Allgemeines Preußisches Landrecht.

Arch. f. (d.) öff. R. = Archiv für öffentliches Recht.

AusfG. = Ausführungsgesetz.

DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.

EG. = Einführungsgesetz.

Entscheid. = Entscheidung. (Die Bezeichnung „Entscheidungen" hinter einem Urteil des Reichsgerichts oder des Preuß. Oberverwaltungsgerichts weist auf die Sammlungen der Entscheidungen dieser Gerichtshöfe hin.)

Fischers Zft. = Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung für das Königreich Sachsen.

G. = Gesetz.

Ger. = Gericht.

Ges. = Gesetz.

GewO. = Gewerbeordnung für das Deutsche Reich.

Gruchot, Beiträge = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz.

Jbch. d. öff. R. = Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1907 ff.

Jbch. d. Verw R. = Jahrbuch des Verwaltungsrechts, herausgegeben von Stier-Somlo, 1907 ff.

Jahrbücher = Jahrbücher des Kgl. Sächsischen Oberverwaltungsgerichts.

Johow, Jahrbuch = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen, begründet von Johow, 1881 ff.

KG. = Kammergericht.

Landmann = Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, herausgegeben von Robert v. Landmann, 6. Aufl., Bd. I, 1911; Bd. II, 1912.

Mayer Otto = Deutsches Verwaltungsrecht von Otto Mayer, Bd. I, 1895; Bd. II, 1896.

OLG. = Oberlandesgericht.

OVG. = Oberverwaltungsgericht.

Preuß. VerwBl. = Preußisches Verwaltungs-Blatt.

Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechtes, herausgegeben von A. Reger, 1881 ff.

RG. = Reichsgericht.

RGes. = Reichsgesetz.

RVO. = Reichsversicherungsordnung.

Soergel = Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, herausgegeben von Soergel, Bd. I (1907/08); Bd. II (1909); Bd. III (1910); Bd. IV (1911); Bd. V (1912).

StGB. = Strafgesetzbuch.

StPO. = Strafprozeßordnung.

VerwArch. = Verwaltungsarchiv, herausgegeben von Schultzenstein und Keil; 1893 ff.

VerwGer. = Verwaltungsgericht.

VerwGH. = Verwaltungsgerichtshof.

VerwR. = Verwaltungsrecht.

VerwRPfl. = Verwaltungsrechtspflege.

WB d. VerwR² = Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von K. v. Stengel, zweite Auflage herausgegeben von Max Fleischmann, 1911 ff.

Zft. = Zeitschrift.

ZPO. = Zivilprozeßordnung.

Allgemeiner Teil.

Erstes Kapitel.

Grundbegriffe.

§ 1. Verwaltung.[1]

I. Alles staatliche Leben steht unter einer geschriebenen oder ungeschriebenen Grundordnung, die wir die Staatsverfassung nennen. Sie ist es, die den Staat mit Organen ausstattet und ihn willens- und handlungsfähig macht. Dadurch wird der Staat zur Rechtspersönlichkeit. Er ist in den Stand gesetzt, durch Führung seiner Geschäfte seine Lebenszwecke zu erreichen. Die Tätigkeit einer physischen oder juristischen Person, die im Besorgen ihrer Geschäfte besteht, heißt Verwaltung.[2] Von der Verwaltung des Privaten wird in diesem Zusammenhange nicht die Rede sein. Uns soll in den nachfolgenden Erörterungen allein die Verwaltung des Staats beschäftigen. Was der Staat zur Lösung seiner Lebensaufgaben unternimmt, erscheint im Gegensatz zur Verfassung als Verwaltung im weiteren Sinn. Wenn die Verfassung im staatlichen Leben das ruhende, beharrende Moment darstellt, so tritt uns in der

[1] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I § 1. Otto Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts, 1886, S. 1—25. Hänel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne (Studien zum deutschen Staatsrecht II, [1888] S. 177ff.). Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., 1911, II S. 172ff. G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 213ff. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. herausgegeb. v. Walter Jellinek, 1914, S. 606. Rosin, Souveränetät, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung (Annalen des Deutschen Reichs 1883, S. 265ff.). Anschütz, Deutsches Staatsrecht, in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft II, S. 474 und 610. Ulbrich, Der Rechtsbegriff der Verwaltung (Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht IX S. 1). Vierhaus, Gerichtsbarkeit und Verwaltungshoheit (Verwaltungsarchiv XI S. 222).

[2] Ver-walten, walten, valere: lenken, regieren, einen Willen betätigen.

Verwaltung der aktive Staat entgegen. Noch das 18. Jahrhundert hat dafür die Bezeichnung „Regierung" gebraucht.

Allein schon früh hat die genauere Betrachtung in dieser umfassenden staatlichen Lebenstätigkeit verschiedene Richtungen zu erkennen und als besondere Funktionen der Staatsgewalt zu sondern begonnen: Rechtsetzung, Rechtsprechung und Verwaltung im engern Sinn. Seiner Aufgabe, Recht zu schaffen, kommt der Staat durch die Gesetzgebung nach. Die Feststellung dessen, was nach Maßgabe des geltenden Gesetzes im einzelnen bestrittenen Falle Rechtens ist, ist Sache der Justiz. Rechtsetzung und Rechtsprechung bilden die spezifischen Staatszwecke. Aber sie sind nicht die einzigen Aufgaben des Staats. Ein Staat, der sich darauf beschränkte, Gesetze zu geben und Rechtssprüche zu fällen, verfiele alsbald der Auflösung.[3] Mit der Verkündigung des Gesetzes und des Rechtsspruchs bricht die staatliche Tätigkeit nicht ab. Das Gesetz muß ausgeführt, das Urteil vollstreckt werden. Dies ist die Arbeit einer besonderen staatlichen Funktion, der Vollziehung. Dabei begründet es keinen Unterschied, ob die Vollstreckung der Gesetzesvorschrift von Anbeginn an den vollziehenden Behörden übertragen ist, oder ob diese nur einzuschreiten haben, wenn der Untertan einem an seine Adresse gerichteten Gesetzesbefehl nicht gehorcht.[4] Aber auch die Vollziehung erschöpft den Kreis der staatlichen Geschäfte nicht, die nach Abzug von Rechtsetzung und Rechtsprechung verbleiben. Denn es gibt Aufgaben, die der Staat zu besorgen hat, auch wenn sie ihm durch kein spezielles Gesetz aufgetragen sind. Die Pflicht zu ihrer Erfüllung ist untrennbar mit der Existenz eines Staates verbunden: Schutz der Staatsangehörigen und des Staatsgebietes gegenüber dem Ausland, Pflege der materiellen Wohlfahrt des Volkes u. a. m. Wenn wir die Durchführung eines fremden Willens, somit auch

[3] Laband, Staatsrecht II[5] S. 176.

[4] Unter „Vollziehung" kann sprachlich sowohl das Verwirklichen des Gesetzesbefehls durch die Gesetzesuntertanen, als auch die Vollziehung durch die besonderen Behörden der „vollziehenden Gewalt" verstanden werden. Mit Hänel, Gesetz im formellen und materiellen Sinne S. 196 ist jedoch der staatsrechtliche Ausdruck „Vollziehung" auf die Fälle zu beschränken, in denen die Gesetzesbefehle durch die besonderen Organe des Staates oder öffentlich-rechtlicher Verbände zur Ausführung gebracht werden müssen.

die Verwirklichung des Willens des Gesetzgebers durch besondere staatliche Behörden als Vollziehung bezeichnen, so erscheint im Gegensatz dazu das Verwirklichen des eigenen Willens der handelnden Organe als Regierung. Vollziehung und Regierung stellen die zwei Seiten der dritten staatlichen Funktion dar, der Verwaltung im engern Sinn. Alles was der Staat außerhalb von Gesetzgebung und Justiz besorgt, ist somit Verwaltung im engern Sinn oder Verwaltung schlechthin, — eine Summe von Verrichtungen technischer, geistiger, juristischer Natur, deren jede einen dem Gemeinwohl nützlichen Erfolg erreichen will (Auferlegung von Steuern; Einberufung von Wehrpflichtigen; Erteilung von Schankkonzessionen; Errichtung von Straßen, Brücken; Erteilung von Dienstanweisungen; Abschluß von Kauf-, Miet- und Pachtverträgen u. s. f.).

Nur die Verwaltung im engern Sinn bildet den Gegenstand der besonderen Disziplin des Verwaltungsrechts. Aber andrerseits beschränkt sich diese nicht auf eine Darstellung der staatlichen Verwaltung. Wie unten in den §§ 6 und 7 wird dargelegt werden, sind dem Staate Verbände (Gemeinden, Kommunalverbände, Krankenkassen u. s. f.) eingegliedert, die, wie der Staat, durch ihre Verwaltung Gemeininteressen befriedigen und zwar mit Mitteln, die denen des Staates wesensgleich sind. Dies rechtfertigt es, diese Verwaltung mit der des Staates als öffentliche Verwaltung auch wissenschaftlich zusammenzufassen und sie der Verwaltung des Privaten entgegenzusetzen, welche auf die Befriedigung von Individualinteressen abzielt.

Für eine juristische Betrachtung bietet die Verwaltung nur insoweit Raum, als sich der Staat zur Durchführung seiner Aufgaben rechtlicher Mittel bedient. Die privatrechtlichen Mittel, welche die Rechtsordnung dem Bürger zur Erreichung seiner Zwecke zugeteilt hat, stehen auch der öffentlichen Verwaltung zu Gebote und werden von ihr bei der Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben zur Anwendung gebracht.[5] Aber die Mehrzahl der öffentlichen Verwaltungsgeschäfte bewältigt der Staat mit Hilfe eines Mittels, das dem Privaten nicht zugänglich ist, nämlich mit Herrschergewalt (imperium). Herrschen bedeutet, die Fähigkeit

[5] Z. B. bei der Aufnahme von Anleihen, dem Kauf und der Verpachtung von Liegenschaften u. a. m.

besitzen, freien Menschen zu befehlen und sie zur Befolgung der Befehle zu zwingen.[6] Nur dem Staate wohnt heute Herrschermacht inne.[7] Der Staat kann jedoch Verbände (Gemeinden usw.), welche öffentliche Verwaltungsgeschäfte besorgen, mit Herrschermacht belehnen. In Gesetzgebung und Rechtsprechung tritt der Staat ausschließlich als Herrscher auf. Soweit er Verwaltungsaufgaben herrschaftlich besorgt, steht die Verwaltung hierin den andern staatlichen Funktionen gleich.

Um die Verwaltung von den übrigen staatlichen Funktionen durch ein positives Merkmal zu unterscheiden, hat man deshalb bis in die neuere Zeit die Behauptung aufgestellt, zum Gebiete der Verwaltung gehörten alle jene Angelegenheiten, die nicht nach festen Rechtsnormen, sondern nach dem freien Ermessen der Behörde zu erledigen seien. Auf diese Weise ist man dazu gekommen, das „freie Ermessen" als Lebenselement der Verwaltung zu bezeichnen und die Verwaltung als das direkte Gegenstück der an das Gesetz gebundenen Justiz hinzustellen. Diese Ansicht beruht auf Irrtum. Sie verkennt, daß in der Gegenwart — was noch unten in § 8 näher wird zu begründen sein — das Gesetz nicht bloß für die vollziehende, sondern auch für die regierende Verwaltung Schranke ist. Es gibt im Rechtsstaate nur eine „gesetzmäßige Verwaltung". Soweit die Verwaltungsbehörden an Rechtsregeln gebunden sind, stehen sie dem Gesetze nicht anders gegenüber als die Gerichte.

Andrerseits jedoch ist auch bei sorgfältiger Regelung einer Materie kein Gesetzgeber im stande, die Vielgestaltigkeit und den Wechsel der Erscheinungen und Bedürfnisse in Gegenwart und Zukunft so zu überblicken, daß er für jeden Fall eine feste Norm bereitzustellen vermöchte. Er muß sich häufig damit begnügen, die allgemeinen Richtlinien festzulegen, im übrigen es aber den Verwaltungsbehörden überlassen, innerhalb dieses Rahmens das Zweckmäßige und durch die Umstände des einzelnen Falles Gebotene von sich aus anzuordnen.[8] Das „freie Ermessen" spielt

---

[6] Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., 1869, S. 21. Laband, Staatsrecht I[5] S. 68. Jellinek, Allg. Staatslehre[3] S. 427 ff.

[7] Abgesehen von dem Überrest alter familienrechtlicher Herrschaft, die dem Vater gegenüber seinen Kindern verblieben ist.

[8] Beispiel: Allg. Preuß. Landrecht, Teil II, Titel 17, § 10. „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und

in der Verwaltung in der Tat eine große Rolle. Der Verwaltung eigentümlich ist es aber nicht.[9] Denn dem Richter überträgt das Gesetz in gleicher Weise nicht selten die Aufgabe, innerhalb eines bestimmten Rahmens sein freies Ermessen walten zu lassen, z. B. eine Schadenersatzsumme nach selbständiger Würdigung aller in Betracht fallenden Momente zu bemessen.[10] Es ist der Gegensatz von freier und gebundener Tätigkeit, der hier in die Erscheinung tritt. Der Verwaltungsbeamte, der das Gesetz vollzieht, nimmt somit keine andere Tätigkeit vor, als der Richter, der nach Maßgabe des Gesetzes Recht spricht.

Aber — und darin liegt der Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung — für die Justiz ist die Anwendung des Rechts Selbstzweck, für die Verwaltung nur Mittel zum Zweck. Die Justiz hat durch ihre Urteile festzustellen, was nach dem geltenden Gesetze Rechtens ist, unbekümmert darum, welche Folgen daraus für den Staat und die Betroffenen entstehen. Die Verwaltung dagegen hat das Gemeinwohl zu fördern, Nützliches zu schaffen. Der Verwaltung Lebenselement ist das Handeln, das aktive Eingreifen, das unmittelbare Herbeiführen eines bestimmten materiellen Erfolges. Ihre Richtschnur ist die Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit. Insofern kann man die Verwaltung die „handelnde Staatsgewalt" nennen, im Gegensatz zur Gesetzgebung und Rechtsprechung, die sich in der Erklärung von Willensentschlüssen erschöpfen. Aber ihre ganze Tätigkeit vermag die Verwaltung nur innerhalb der Rechtsordnung zu entfalten. Vom Rechte werden ihrem Handeln die Schranken aufgerichtet. Die Verwaltung wendet jedoch das Recht nicht an, in der Absicht, ihm um seiner selbst willen zu dienen und seinen Sätzen zum Siege zu verhelfen, sondern um unter dem Schutz des Rechts einen bestimmten, außerhalb der Rechtsverwirklichung liegenden materiellen Erfolg zu erreichen. Nach seinen Zielen beurteilt ist der Verwaltungsbeamte nicht

---

Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei."

[9] Jellinek, Allg. Staatslehre[3] S. 616 fg.

[10] Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I 2 S. 725. F. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung (Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband, II S. 445 ff.).

der Genosse des Richters, sondern der Gefährte des einfachen Gesetzesuntertans, der dem Rechte gemäß lebt, weil er die juristischen Zwangsmittel zur Erreichung seiner Zwecke nur innerhalb der Schranken der Rechtsordnung vorfindet.

II. Nach den vorangegangenen Erörterungen versteht man unter Verwaltung die ganze Tätigkeit, die der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Verband zur Erreichung seiner Lebenszwecke unter seiner eigenen Rechtsordnung entfaltet und die weder in den Bereich der Gesetzgebung, noch der Rechtsprechung fällt.

Die Verwaltungstätigkeit setzt sich zusammen aus einer fast unübersehbaren Zahl von Einzelgeschäften. Diese werden jedoch nach technischen Gesichtspunkten in Verwaltungszweige gegliedert: Verwaltung des Auswärtigen, des Kriegs, der Justiz, der Finanzen und des Innern. Die Tätigkeiten, die das Lebenselement der drei erstgenannten Verwaltungszweige ausmachen, fallen aus dem soeben dargelegten Begriffe der Verwaltung heraus. Denn für die rechtlichen Beziehungen zu auswärtigen Staaten im Frieden und im Kriege, d. h. für diplomatischen Verkehr und Kriegführung, sind nicht die Normen der eigenen staatlichen Rechtsordnung, sondern die Regeln des Völkerrechts maßgebend,[11] und die Tätigkeit der Justiz zu erörtern, ist Sache einer besonderen juristischen Disziplin, der Prozeßrechtswissenschaft. Die Verwaltung in dem hier erörterten Sinne ist aber bei jenen drei Zweigen insoweit beteiligt, als sie ihnen die persönlichen und sachlichen Mittel zur Entfaltung ihrer Tätigkeit liefert.[11a] Den Kern der nachfolgenden Betrachtung werden daher Finanzverwaltung und innere Verwaltung bilden. Zur innern Verwaltung aber wird alle Tätigkeit gezählt, die keinem der andern

---

[11] Vgl. damit einerseits Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 10ff., andererseits Jellinek, Allgemeine Staatslehre[3] S. 610ff.

[11a] Insoweit trifft die Behauptung von Karl Neumeyer, Vom Recht der auswärtigen Verwaltung (Archiv d. öff. Rechts XXXI 99fg.) zu, daß die im Dienst der auswärtigen Verwaltung Deutschlands erlassenen Rechtsätze ein Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung, des deutschen Verwaltungsrechts, sind. Vgl. auch von Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, I, 1910 und Grundlinien des internationalen Verwaltungsrechts, 1911.

vier Verwaltungszweige angehört.[12] Sie umfaßt insbesondere die ganze Sorge für die geistige und wirtschaftliche Kultur. Sie stellt den jüngsten Verwaltungszweig dar. Aber gerade darum haben sich in ihm die modernsten und eigenartigsten Rechtsgedanken entwickelt.

§ 2. Trennung der Gewalten[1].

I. Im absoluten Staat war die ganze öffentliche Gewalt in der Hand des Herrschers vereinigt. Lediglich Rücksichten der Arbeitsteilung zwangen zu einer Übertragung der Rechtsprechung an besondere Gerichtsbehörden. Dabei wirkte die Erwägung mit, daß ein an den politischen Geschäften unbeteiligtes Organ dem rechtsuchenden Untertan eine größere Gewähr biete, als die Behörden der „Regierung". Aber die Verbindung mit der

---

[12] E. v. Meier, in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff u. Kohler, II S. 640. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., 1905, § 176.

[1] Friedrich Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912 (s. dazu die Kritik von Kormann im Archiv d. öff. R. XXX 253). G. Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 222ff. Jellinek, Allgemeine Staatslehre[3], S. 606ff. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I § 6 und „Justiz und Verwaltung" (Straßburger Rektoratsrede 1902). Anschütz, Deutsches Staatsrecht (in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft II [1904] S. 473) und Verwaltungsrecht (in der „Kultur der Gegenwart" II 8 [1906] S. 336ff.). Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, II[5] S. 172ff. Stier-Somlo, Justiz und Verwaltung (im Handbuch der Politik I 1912 S. 305ff.). Esmein, Eléments de Droit constitutionnel, 5. éd., 1909, p. 392. Artur, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions (Revue du Droit public XIII, XIV, XVII, XX). Hauriou, Principes du Droit public, 1910, p. 446. H. Berthélemy, Traité élémentaire de Droit administratif, 7éd, 1913, p. 17. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl. 1905, § 180. Keetmann, Die Trennung von Justiz und Verwaltung in Elsaß-Lothringen (Archiv für öffentliches Recht XXI [1907] S. 71ff.). Richard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., 1906, § 30 (Zivilrechtspflege und Verwaltung). K. Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, I, 1912, S. 43ff. Beyer, Kritische Studien zur Systematisierung der Staatsfunktionen (Tübinger Zeitschrift f. die gesamte Staatswissenschaft (Jahrg. 67, S. 421ff., 605ff.) und „Rechtsetzende und rechtausführende Gewalt", 1909 (Abhandhandlungen a. d. Staats- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von Brie und Fleischmann. Heft 19). Redslob, Die Staatstheorien der franz. Nationalversammlung von 1789, Leipzig 1912.

„Regierung" wurde nicht gelöst. Der Träger der Staatsgewalt, der Landesfürst, vermochte jeder Zeit des Richteramtes zu walten und aus seinem Kabinett („Kabinettsjustiz") in einem schwebenden Prozesse das Urteil kraft seiner obersten richterlichen Machtvollkommenheit („Machtspruch") zu fällen.[2] Im Jahre 1749 wurde für Brandenburg-Preußen durch das berühmte Ressort-Reglement Friedrichs des Großen festgesetzt, „daß regulariter alle Prozeßsachen, welche das interesse privatum vel jura partium quarum interest betreffen, bei denen jeden Orts bestellten ordentlichen Justiz-Collegiis erörtert und decidiret werden müssen."[3] Allein erst Montesquieu erhob in seinem berühmten Buche „De l'esprit des lois" (1748) die Forderung, daß für eine jede der drei Gewalten (puissance exécutrice, puissance législative und puissance de juger) ein besonderer Behördenapparat eingerichtet werden müsse. Denn die Gewalten, in einer Hand vereinigt, erdrücken, nach Montesquieu, die Freiheit des Individuums; die Verteilung der Gewalten (séparation des pouvoirs) an verschiedene Organe ist im Wesen des Staates selbst begründet.[4] Dabei

---

[2] Adolf Stölzel, Fünfzehn Vorträge zur Brandenburgisch-Preußischen Rechts- und Staatsgeschichte, 1889, S. 157 („Machtsprüche").

[3] Edgar Loening, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen (Verwaltungsarchiv II S. 266). — Über die Beseitigung der landesherrlichen „Machtsprüche", d. h. der Rechtssprüche aus oberster richterlicher Machtvollkommenheit s. auch Adolf Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 1888.

[4] Montesquieu, L'esprit des lois, liv. XI, chap. IV: „La démocratie et l'aristocratie ne sont point des Etats libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les Etats modérés: elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites. — Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir." — Liv. XI, chap. VI: „. . . Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté, parcequ'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. — Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens

setzt aber Montesquieu voraus, daß das Gesetz sowohl die puissance exécutrice, wie die puissance de juger binde. Hier konnte in der Folge die Theorie Rousseaus anknüpfen, die dem Gesetze, dem Ausflusse der volonté générale, eine Vormachtstellung über Justiz und Verwaltung zusprach. In Frankreich hatte bis zur Revolution die Verwaltung gegen die Einmischung der Gerichte zu kämpfen.[5] Mit Hilfe der Lehre von der séparation des pouvoirs stellte die Gesetzgebung der Revolutionszeit mit Fanatismus die Verwaltung gegen Eingriffe der Justiz sicher und schloß beide Sphären voneinander ab.[6]

Die Lehre Montesquieus hat auch in Deutschland der Forderung auf Trennung von Justiz und Verwaltung die wissenschaftliche Rechtfertigung geliefert.[7] Die Verfassungsurkunden des 19. Jahrhunderts haben den Grundsatz ausdrücklich aus-

---

serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. — Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers."

[5] Über die Ursachen dieser Einmischung s. A. Esmein, Cours élémentaire d'histoire du Droit français, pars III, tit. II.

[6] Loi du 16/24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, tit. II, Art. 13: „Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions." Constitution du 3 septembre 1791, chap. V, Art. 3: „Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions." — Alexis de Tocqueville hat in einem Brief vom 10. Oktober 1831 dem Vicomte de Blosseville das Verhältnis, das sich infolge dieser Trennung herausgebildet hat, folgendermaßen geschildert: „Vous savez que chez nous le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez amis ni assez ennemis pour se bien connaître. J'ai toujours vécu dans l'un et suis fort ignorant de ce qui se passe dans l'autre (A. de Tocqueville, œuvres complètes VII, p. 67)."

[7] Vgl. dazu E. v. Meier, Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preußens im 19. Jahrhundert I (1907), II (1908).

gesprochen,[8] und das Reichsrecht hat ihm im Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 reichsrechtliche Geltung verschafft. „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt." (Reichsgerichtsverfassungsgesetz § 1.) „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs" (§ 17 Absatz 1). Aber schon das Einführungsgesetz zum Reichsgerichtsverfassungsgesetz hat (§ 4) den Grundsatz abgeschwächt: „Durch die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Zuständigkeit der Behörden wird die Landesgesetzgebung nicht gehindert, den betreffenden Landesbehörden jede andere Art der Gerichtsbarkeit, sowie Geschäfte der Justizverwaltung zu übertragen. Andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden."

Die angeführten Gesetzesstellen beweisen, daß in Deutschland die Verteilung der staatlichen Aufgaben an Gerichte, Verwaltungsbehörden und Gesetzgebungsorgane nicht nach einem abstrakten, mechanischen Ausscheidungsprinzipe vorgenommen worden ist. Der Kompetenzbereich der Gerichte, Verwaltungsbehörden und Gesetzgebungsorgane ist nicht reinlich abgegrenzt. Weder sind die Gerichte auf Rechtsprechung, noch die Verwaltungsbehörden auf Verwaltung, noch endlich die Organe der Gesetzgebung auf Rechtsetzung beschränkt. Jeder der drei Gewalten ist ein kleines Stück aus der Kompetenzsphäre der andern Gewalt zugeschieden worden. Aber eine bestimmte Tätigkeit ist für eine jede von ihnen eigentliches Lebenselement: für die Gerichte das Rechtsprechen, für die Verwaltungsbehörden das Verwalten, für die Gesetzgebungsorgane das Rechtsetzen. Auf diese seine Hauptfunktion ist das Organ zugeschnitten; sie ist maßgebend für seine staatsrechtliche Stellung,[9] und von ihr empfängt es

[8] Vgl. die Preußische Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850, Art. 62 Abs. 1: „Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt." Art. 45: „Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu . . . Art. 44: „Die Minister des Königs sind verantwortlich. Alle Regierungsakte des Königs bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt." Art. 86: „Die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch unabhängige, keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfene Gerichte ausgeübt. — Die Urteile werden im Namen des Königs ausgefertigt und vollstreckt."

[9] Laband, Staatsrecht II[5] S. 172—176.

seinen Namen. Auch in Deutschland hat sich die Trennung der staatlichen Gewalten durchgesetzt, aber nur so weit, daß der Behördenapparat, der für die eine Funktion bestellt ist, nicht gleichzeitig der Hauptträger der andern Funktion sein darf. Im Einzelnen hat der Gesetzgeber die Grenzlinien folgendermaßen gezogen:[10]

1. Die Rechtsprechung hat ihre Heimat bei den ordentlichen Gerichten. Allein einerseits ist den ordentlichen Gerichten von Reichswegen nicht alle Rechtsprechung zugewiesen, andrerseits kann ihnen mehr übertragen sein, als die Aufgabe, Rechtsstreitigkeiten zu beurteilen. Nicht alle Rechtsprechung ist den Gerichten vorbehalten. „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist, oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind." (Reichsgerichtsverfassungsgesetz § 13.) Nach dieser Vorschrift ist die Landesgesetzgebung, wie die Reichsgesetzgebung befugt, die Beurteilung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten zu übertragen[11], — sofern nicht reichsrechtliche Spezialvorschriften bestimmte Streitsachen den ordentlichen Gerichten zugewiesen haben.[12] Für den Bereich der

---

[10] Prazák, Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden, 1889 (Separatabdruck aus dem Archiv für öffentliches Recht IV). Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, I, Vorbem. zu § 1. Vgl. auch Oppenhoff, Die Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden in Preußen, 2. Aufl., 1904.

[11] So werden nach der Preußischen Jagdordnung vom 15. Juli 1907, § 56 ff. Ansprüche auf Wildschadenersatz, die doch in § 835 BGB. privatrechtlich ausgestaltet wurden, in das Verwaltungsstreitverfahren verwiesen. K. Simon, Der Wildschaden (nach preuß. Recht), 1912. Vgl. im übrigen Stein, Justiz und Verwaltung S. 17, 21. Markull, Die Polizei als Richter in Streitsachen des bürgerlichen Rechts (Preuß. Verw. Bl. 27, S. 191).

[12] Z. B.: GVG. § 9: „Wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Richter aus ihrem Dienstverhältnisse, insbesondere auf Gehalt, Wartegeld oder Ruhegehalt darf der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden." Andere Beispiele bei Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung I, Vorbem. III zu § 1. — Umgekehrt hat das Reichsrecht eine Reihe von Streitsachen öffentlichrechtlicher (z. B. gewerberechtlicher) Natur endgültig vor die

Strafsachen hat jedoch das Reichsrecht diese Ermächtigung selbst wieder durch eine Spezialbestimmung eingeschränkt: den Verwaltungsbehörden (Polizei- und Steuerbehörden) darf lediglich die Ahndung von polizeilichen Übertretungen und von Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle übertragen werden und auch dies nur, soweit die Strafen eine bestimmte vom Reichsgesetzgeber genau festgesetzte Grenze nicht überschreiten[13] (Reichs-Strafprozeßordnung §§ 453, 459).[13a] Von Reichswegen gehört somit im Allgemeinen zum Kompetenzbereich der ordentlichen Gerichte die Rechtsprechung in Streitsachen öffentlichrechtlicher Natur nicht. Diese betrachtet der Reichsgesetzgeber als die Aufgabe der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.[14] Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen — sie sind die eigenste Domäne der ordentlichen Gerichte. Das Reichsgerichtsverfassungsgesetz umschreibt den Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" nicht selbst; es setzt ihn voraus.[15] Nach der Wissenschaft und der Landesgesetzgebung macht das Wesen der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" ein Streit über ein Rechtsverhältnis des Privatrechts aus.[16] Die Entscheidung privatrechtlicher Streitsachen erscheint somit — neben der der Strafsachen — als der eigentliche

---

Verwaltungsbehörden gewiesen. Auch hieran ist das Landesrecht gebunden; es darf nicht diese Streitsachen der Zivilgerichtsbarkeit unterstellen. Gaupp-Stein a. a. O. Reger XXVIII 499. Reichsgericht in Zivilsachen v. 17. Febr. 1908 (Entscheidungen Bd. 68, S. 26) und v. 13. April 1908 (daselbst S. 267).

[13] Vgl. darüber Näheres unten § 13 in der Lehre von den polizeilichen Straf- und Zwangsmitteln.

[13a] Andrer Ansicht: Stein, Justiz und Verwaltung S. 43 f.

[14] Vgl. zum Folgenden insbesondere Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, I (1885), § 8.

[15] Konrad Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I (1903) S. 59 ff. Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung I, Vorbem. III zu § 1. — Kamptz und Delius, Die Rechtsprechung des Reichs- und des Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts, II (1907) S. 851 ff. (Allgemeine Grundsätze über die Zulässigkeit des Rechtswegs; Erg.-Band (1911) S. 556 ff.).

[16] K. Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts I S. 43. Bestritten u. A. von Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung I[10] S. 6; Stein, Justiz und Verwaltung S. 24 ff. Vgl. dazu unten § 15.

Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte, insbesondere der Zivilgerichte. Die Zivilprozeßordnung enthält die Regeln, nach denen die ordentlichen Gerichte bei der Beurteilung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten zu verfahren haben. Gehört nach Reichs- oder Landesrecht eine Streitsache vor die ordentlichen Gerichte und ist sie dort nach den Regeln des Zivilprozesses zu verhandeln, so sagt das Reichsrecht, sie sei auf den „Rechtsweg" gewiesen.[17] „Rechtsweg" bezeichnet daher den Gegensatz zum „Verwaltungsweg", d. h. zum Verfahren vor den Verwaltungsbehörden.

Den ordentlichen Gerichten kann jedoch mehr übertragen sein, als Zivil- und Strafrechtssprechung. Nach der oben (S. 11) angeführten reichsrechtlichen Vorschrift (Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz § 4) ist die Landesgesetzgebung, wie übrigens auch die Reichsgesetzgebung, nicht gehindert, den ordentlichen Gerichten jede andere Art der Gerichtsbarkeit zuzuweisen. Vermöge dieser Ermächtigung haben die Landesgesetze den Zivilgerichten die Entscheidung zahlreicher Streitsachen öffentlichrechtlicher Natur (Steuerstreitigkeiten, Wegestreitigkeiten usw.) übertragen und dergestalt eine „Erweiterung des Rechtswegs" vorgenommen.[18] Sodann sind die Gerichte berufen worden,

---

[17] Otto Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen, 1901, S. 1ff. — Das Wort „Recht" in der Formel „Rechtsweg" bedeutet nicht etwa jus, sondern judicium, Gericht, Gerichtsverfahren. Rechtsweg ist somit der Weg, der zu den ordentlichen Gerichten führt.

[18] Beispiele: Das Preußische Gesetz betr. Erweiterung des Rechtswegs, vom 24. Mai 1861, weist in den Rechtsweg Ansprüche der Staatsbeamten wegen ihrer Diensteinkünfte, Rückforderung von öffentlichen Abgaben, Streitigkeiten in Beziehung auf Kirchen-, Pfarr- und Schulabgaben. Ferner weist das Reichsstempelgesetz (Fassung vom 3. Juli 1913) § 110 Streitigkeiten über Stempelabgaben auf den Rechtsweg bis vor das Reichsgericht. Vgl. auch Reichszuwachssteuergesetz v. 14. Februar 1911, § 44 (Rechtsmittel: Verwaltungsstreitverfahren oder Rechtsweg). Durch diese Zuweisung an die Zivilgerichte werden aber derartige Streitigkeiten über Verhältnisse des öffentlichen Rechts nicht etwa zu „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" (auch nicht im formellen Sinn) weder für die Landgerichte, noch für das Reichsgericht. Sie bleiben öffentlich-rechtliche Streitsachen. Hartmann, Zum Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit (DJZ XV 1259) und die Erörterungen desselben Verfassers in der DJZ XVI 1489 und XVIII 691. Hartmann. Zum § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes (Arch. f. zivilist. Praxis Bd. 109 [1912] S. 144). Andrer Ansicht sind das Reichsgericht (vgl. z. B. Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 77,

in der sog. „freiwilligen Gerichtsbarkeit" bei der Gestaltung und Sicherung von Privatrechtsverhältnissen mit ihrer staatlichen Autorität mitzuwirken.[19] Endlich aber ist den Gerichten überall ein Bestand von Verwaltungsgeschäften, Justizverwaltung, übertragen. Gerade dieser Einbruch in das System der Trennung der Gewalten beweist, daß in Deutschland für die Kompetenzzuweisung praktische Rücksichten mitbestimmend gewesen sind. Denn die Aufgaben der Justizverwaltung[20] (die Bildung der Gerichtskammern aus dem vorhandenen Richterpersonal, die Ordnung der Gerichtszeit, das Sportel- und Kassenwesen u.s.f.) bilden Hilfsfunktionen der Rechtsprechung. Der Gesetzgeber hat sich jedoch beeilt, der Gefahr einer weiteren Vermengung von Justiz und Verwaltung vorzubeugen durch das Gebot: „Andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden." (Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz § 4.)

Alles, was zum Geschäftskreis der ordentlichen Zivil- und Strafgerichte gehört, bildet den Inbegriff der Gerichtsbarkeit (Justiz) im weiteren Sinne:[21] Richterliche Unabhängigkeit aber kommt den Gerichten nur innerhalb ihrer eigentlichen Sphäre, der Rechtspflege (Rechtsprechung und freiwillige Gerichtsbarkeit), zu.

S. 230 und Reger XXXII 584) und Stein, Justiz u. Verwaltung S. 24f. — Auch nach französischem Recht gehören Streitigkeiten über indirekte Steuern zur Zuständigkeit der Zivilgerichte. Hauriou, Précis de Droit administratif [6] p. 753.

[19] Wach, Zivilprozeßrecht I S. 47ff., insbes. S. 53. Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I S. 75ff. System des Deutschen Zivilprozeßrechts I S. 53ff. Stein, Justiz u. Verwaltung S. 36ff. Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vom 17. Mai 1898, hat die Gerichtsstellen (Amtsgerichte usw.) bezeichnet, an denen die reichsrechtlich den Gerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Vormundschaftssachen, Annahme an Kindesstatt usw.) zu besorgen sind. H. Jacoby, Ist das Vormundschaftsgericht eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht? (Antwort: Verwaltungsbehörde.) Heidelberger Dissertation 1912.

[20] Wach, Zivilprozeßrecht I S. 309, 312. Siméon, Art. „Justizverwaltung" im WB d. Verw.-R.[2] II 479.

[21] Laband, Staatsrecht III[4] S. 346. Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung I[10] S. 1.

2. Die Besorgung der Verwaltungsgeschäfte ist den Verwaltungsbehörden anvertraut. Allein ihnen sind nicht alle Verwaltungsgeschäfte übertragen. Justizverwaltung kann den Gerichten zustehen. Ferner haben Reichs- und Landesstaatsrecht vorgeschrieben, daß eine Reihe von Verwaltungsaufgaben in Gesetzesform erledigt werden müssen.[22] Man denke an die Feststellung des Budgets oder an die in Gesetzesform gekleideten Beschlüsse der gesetzgebenden Organe über die Errichtung eines öffentlichen Unternehmens (Eisenbahn, Kanal usw.). Auf diese Weise nehmen die gesetzgebenden Behörden direkt an der Verwaltung teil. Die Gesetzesform ist in den erwähnten Fällen vorgeschrieben, um der Volksvertretung einen Einfluß auf diese Verwaltungsangelegenheiten einzuräumen.[23]

Andererseits ist eine Erweiterung der Zuständigkeitssphäre der Verwaltungsbehörden über den Verwaltungsbereich hinaus möglich. Die Verwaltungsbehörden können nämlich mit richterlichen Funktionen ausgestattet sein; davon wurde bereits gesprochen (oben S. 13). Ist dies der Fall, so kommt ihren Entscheidungen die Kraft und die Bedeutung richterlicher Urteile zu.[24]

Inwieweit endlich den Verwaltungsbehörden die Kompetenz zur Rechtsetzung verliehen ist, wird in der Lehre vom Verordnungsrecht dargelegt werden (s. unten § 5).

3. Die Zuständigkeit, das Recht zu setzen, gebührt den gesetzgebenden Behörden. Es wurde jedoch soeben erwähnt, daß die gesetzgebenden Organe neben ihrer Hauptaufgabe auch Verwaltungstätigkeit besorgen. Ja, selbst zur Fällung von Recht-

---

[22] Hierin liegt die verwaltungsrechtliche Bedeutung der von Laband begründeten Unterscheidung von Gesetz im formellen und im materiellen Sinn. Laband, Staatsrecht II[5] §§ 54, 56.

[23] Hermann Schulze, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, I (1881) S. 520. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., 1912 S. 130. — Die Regierung besitzt ganz allgemein die Möglichkeit, eine Verwaltungsaufgabe in der Form des formellen Gesetzes zur Erledigung zu bringen, auch wo sie ohne Mitwirkung der Volksvertretung handeln dürfte. Sie wälzt damit ihre Verantwortlichkeit auf die Faktoren der Gesetzgebung ab und deckt sich damit gegenüber der Volksvertretung den Rücken.

[24] Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 20./21. Juni 1903 (Entscheidungen Bd. 36, S. 313. Reger XXIV 388).

sprüchen können sie berufen sein.[25] Doch das ist eine Ausnahmeerscheinung, die für das Verwaltungsrecht nicht weiter in Betracht fällt.

II. Die praktische Bedeutung der Trennung der Gewalten liegt in dem Satze, daß jede Gewalt verpflichtet ist, die Akte der andern Gewalt anzuerkennen, sofern diese nicht etwa nichtig sind.[26] Keine Gewalt darf sich Kompetenzen der andern Gewalt an-

---

[25] Vgl. Reichsverfassung Art. 76, Absatz 2: „Verfassungsstreitigkeiten in solchen Bundesstaaten, in deren Verfassung nicht eine Behörde zur Entscheidung solcher Streitigkeiten bestimmt ist, hat auf Anrufen eines Teiles der Bundesrat gütlich auszugleichen oder, wenn das nicht gelingt, im Wege der Reichsgesetzgebung zur Erledigung zu bringen." Laband, Staatsrecht I[5] S. 270. v. Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1897, S. 407. Anderer Meinung: Jellinek, Gesetz und Verordnung 1887, S. 246—247 und die dort zitierten Autoren. Jellinek erblickt in dem Akt der gesetzgebenden Gewalt, der eine Verfassungsstreitigkeit erledigt, eine lex specialis.

[26] Kormann, Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung (Jahrbuch d. öff. R. VII 1f., insbes. 13fg.) spricht hier von einer „Tatbestandswirkung" (im Gegensatz zur „Feststellungswirkung"). Beispiel: Die Verwaltungsbehörde nimmt gemäß Gew.O. § 53 die einem Arzte erteilte Approbation zurück, weil ihm durch Strafurteil die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt worden sind. Der Arzt ficht die Zurücknahmeverfügung bei den Verwaltungsgerichten an; er will den Beweis führen, daß er das Delikt nicht begangen hat, um deswillen er verurteilt worden ist. Der Verwaltungsrichter darf jedoch auf dieses Beweisanerbieten nicht eintreten. Für ihn ist das Strafurteil bindend. Urteile des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 5. Dezember 1901 und 20. Oktober 1902 (Reger, XXII 321; XXIII 389; vgl. auch XXI 2). Stein, Justiz und Verwaltung S. 95ff. Der Grundsatz, daß die eine Behörde die Akte einer anderen Behörde anzuerkennen hat, gilt selbstverständlich auch innerhalb desselben Behördenorganismus. Daher kann eine Verwaltungsbehörde einem Naturalisierten das Wahlrecht nicht verweigern mit der Begründung, sie halte die von der zuständigen Naturalisationsbehörde vollzogene Naturalisation nicht für rechtsbeständig, sofern nicht etwa ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. v. Salis, Schweiz. Bundesrecht III[2] Nr. 1145. — Der unten (§ 12) zu besprechende Grundsatz, demzufolge mangelhafte Verwaltungsakte im Zweifel nicht als nichtig, sondern bloß als anfechtbar zu behandeln und demgemäß auch von den Gerichten als zu Recht bestehend zu betrachten sind, bis die zuständige Verwaltung oder Verwaltungsgerichtsinstanz auf Klage hin den Akt aufgehoben hat — dieser Grundsatz entspricht im wesentlichen dem Bestreben, die Gewaltenteilung zu schützen. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910, S. 218ff.

maßen.[27] So einfach der Satz ist, so schwierig kann sich dessen Handhabung gestalten.

1. Nicht selten greifen nämlich die Wirkungen eines staatlichen Aktes über das Gebiet der Gewalt hinaus, welche die betreffende Verfügung erlassen hat. Zum Beispiel: Die Polizei verbietet den Prostituierten den Aufenthalt in bestimmten städtischen Quartieren und macht ihnen dadurch die weitere Benützung der von ihnen in jenem Quartier gemieteten Wohnungen unmöglich.[28] Hat dies einen Einfluß auf die von den Prostituierten

[27] Darum ist jede Gerichts- und Verwaltungsbehörde verpflichtet, bevor sie auf eine materielle Beurteilung einer Sache eintritt, genau zu prüfen, ob ihr die Zuständigkeit zusteht. Die Behörde darf die Frage auch nicht „dahingestellt sein lassen", wenn sie z. B. findet, ein Gesuch sei aus materiellen Gründen abzuweisen. DJZ. XVIII 983. Das wird besonders wichtig in den Fällen, in welchen die Zuständigkeit zur Beurteilung der verschiedenen Seiten eines und desselben Rechtsverhältnisses unter Verwaltungsbehörden und Gerichte verteilt ist. So haben nach der Preußischen Jagdordnung vom 15. Juli 1907 § 24 über die Gültigkeit der Jagdpachtverträge nach bestimmten Richtungen die Verwaltungsgerichte, im übrigen aber die bürgerlichen Gerichte zu urteilen. Vgl. dazu Erkenntnis des Preuß. Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte v. 7. Januar 1911 (DJZ. XVI 1097); s. ferner Badisches Gesetz, die Ausübung der Jagd betr., v. 1850/1886 § 10g. W. Roemer, Die Verpachtung der Gemeindejagd nach dem württembergischen Jagdgesetz, Heidelberger Dissertation 1912. Auch der Gesetzgeber ist an die ihm von der Verfassung gezogenen Kompetenzschranken gebunden. Trotzdem versagt die gemeine Meinung dem ordentlichen Richter die Befugnis, den Inhalt eines einfachen Gesetzes auf seine materielle Übereinstimmung mit dem Verfassungsgesetz zu prüfen, und auch eine besondere Instanz, der dieses Prüfungsrecht übertragen wäre, fehlt in Deutschland. Georg Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 630ff. Kahn, Wieweit ist der deutsche Richter berechtigt und verpflichtet, Gesetze und Verordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen? (Annalen des Deutschen Reichs 1907, S. 481ff., 597ff.). Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 77, S. 231. — Anders in der Schweiz: dort übt das Bundesgericht „Staatsrechtspflege" zur Wahrung des eidgenössischen und kantonalen Verfassungsrechts aus. Das Bundesgericht ist daher auch befugt, ein kantonales Gesetz, das einen Eingriff in das Gebiet der Justiz enthält, zu kassieren. Vgl. solche Fälle in den Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts IV (1878) S. 247; VIII (1882) S. 868. (Die in jenem Prozesse [franz. Kongregationen] eingelegten Rechtsgutachten sind verzeichnet in der Zeitschrift für Schweiz. Recht, n. F., I, S. 312, N. 264).

[28] Entsch. des Preuß. Oberverwaltungsgerichts v. 10. November 1877 (Entscheidungen III 338). Biermann, Privatrecht und Polizei in Preußen, 1897, S. 214.

abgeschlossenen Mietverträge? Ein anderes Beispiel: Eine städtische Polizeiverordnung verpflichtet die Droschkenkutscher, dem Fahrgast vor Beginn der Fahrt eine Kontrollmarke zu übergeben. Verliert der Kutscher, der dieser Vorschrift zuwiderhandelt, den Anspruch auf den Fahrpreis?[29] Aufgabe der Polizei ist es, in beiden Fällen, mit öffentlichrechtlichen Zwangsmitteln die Befolgung ihrer Befehle herbeizuführen,[30] ohne Rücksicht darauf, welche zivilrechtlichen Folgen für den Betroffenen entstehen können. Ob Befehle der Verwaltungsbehörden auch auf das Gebiet des Privatrechts hinüberwirken und von welcher Art diese Wirkungen sind, das zu bestimmen, fällt der Zivilrechtssprechung anheim.[31] Hier endigt der Machtbereich der Verwaltungsbehörden.

2. Andererseits besitzt jedoch die Behörde, die zur materiellen Beurteilung eines Rechtsverhältnisses zuständig ist, die Kompetenz, über alle für ihre Entscheidung erheblichen Vorfragen, incidenter, zu befinden, selbst wenn diese aus einem andern Zuständigkeitsbereiche stammen.[32] So hat, wenn Anklage wegen

---

[29] Biermann, Privatrecht und Polizei S. 214—215.

[30] Vgl. darüber unten § 13.

[31] Regelsberger, Pandekten I 540. Endemann, Die zivilrechtlichen Wirkungen der Verbotsgesetze, 1887; Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., I (1903) S. 44ff., 599. Das Preuß. Kammergericht hat mit Recht in dem oben erwähnten Falle des Droschkenkutschers entschieden, die Polizeibehörde sei nicht fähig gewesen, in ihrer Verordnung zu bestimmen, der zuwiderhandelnde Kutscher verliere jeden Anspruch auf Fahrgeld. Biermann, Privatrecht und Polizei S. 215. Vgl. ferner Reichsgericht in Zivils. 58, S. 277 (Spielen in einer auswärtigen verbotenen Lotterie). Ferner: Strecker, Privatrechtliche Gültigkeit der Versicherungsverträge der zum Geschäftsbetriebe nicht zugelassenen Versicherungsgesellschaften (in der Zeitschrift „Das Recht" Bd. 16 (1912) S. 365). Ob Verkauf und Verpfändung von Gemeindeliegenschaften ohne Staatsgenehmigung zivilrechtlich als ungültig zu behandeln sind, hat der Zivilrichter zu beurteilen: Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts XV (1889) S. 172. XVI (1890) S. 75 (Verkauf und Verpfändung von Gemeindeliegenschaften ohne Staatsgenehmigung). Bericht des Basler Appellationsgerichts über die Justizverwaltung i. J. 1887, S. 17 (Weitergeltung privater Alkohollieferungsverträge nach Einführung des staatlichen Alkoholmonopols).

[32] Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 648ff. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 216ff. Wach, Zivilprozeßrecht I S. 86—88. Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung I [10] S. 413. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 31ff. Die ZPO § 148 und die

Zolldefraudation erhoben ist, der Strafrichter bei der Prüfung der Schuldfrage selbständig zu untersuchen, ob eine Ware zollpflichtig ist und in welche Klasse des Zolltarifs sie gehört. Der Strafrichter ist dabei nicht an die Auffassung der Zollbehörden gebunden.[33] In gleicher Weise hat der Zivilrichter bei der Beurteilung einer gegen einen Beamten angestrengten Schadenersatzklage selbständig festzustellen, ob der Beamte seine Amtspflicht verletzt hat.[34] Ebenso gehört bei der Beurteilung von Erbschaftssteuer-Streitigkeiten zu den Aufgaben des Verwaltungsbeamten und Verwaltungsrichters, an Hand von Gesetz und Testament darüber zu befinden, ob die in Anspruch genommene Person Erbe sei.[35] In allen diesen Fällen bildet die Beurteilung der Vorfrage

---

StPO § 261 anerkennen indirekt diese Rechtsauffassung; s. unten S. 22, Anmerk. 38. Vgl. auch den Beschluß der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts, vom 27. April 1898: „Diejenige Staatsbehörde, der die Entscheidung über einen Anspruch überhaupt zusteht, ist auch zuständig, über alle Rechtsfragen zu befinden, von deren Beantwortung die Entscheidung über den Anspruch abhängt; die Zuständigkeit der Gerichte umfaßt daher auch die Fragen, welche öffentlichrechtlicher Natur sind." (Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 41 S. 267ff., insbes. S. 272. Reger XIX 134.) Vgl. auch Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 14, S. 263. — In Frankreich ist die Behörde von Gesetzes wegen verpflichtet, ihre Entscheidung auszusetzen, wenn eine „question préjudicielle" aus einem andern Rechtsgebiete auftaucht. Das wird begründet mit dem Prinzip der séparation des pouvoirs. Otto Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts, 1886; S. 87ff. E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 2 éd. 1896, I p. 492.

[33] Reichsgericht in Strafsachen v. 29. Januar 1895 (Entscheidungen XII S. 1). Andere Beispiele bei Kamptz u. Delius, Die Rechtsprechung des Reichs- u. Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts I (1906) S. 193, N. 7. Reger XIX 81 (abweichend, aber unrichtig Erg.-Bd. II 50). Vgl. ferner R. Hergt, Polizeibefehle und richterliches Prüfungsrecht (Blätter f. administrative Praxis, Bd. 62, S. 378 f.).

[34] Vgl. darüber unten § 16. Weitere Beispiele: Reger XVIII 61; Erg.-Bd. I 54. Wenn in einem Zizilprozeß die Frage nach der Öffentlichkeit eines Weges für das Urteil erheblich wird, so hat der Zivilrichter incidenter auch über diese Frage zu befinden, auch wenn nach dem maßgebenden Landesrecht die autoritative Entscheidung darüber, welche Wege öffentliche seien, den Verwaltungsbehörden zukommt. S. darüber zwei Urteile des Reichsgerichts aus dem Jahre 1911 in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 76, S. 324 und im Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 32.

[35] Reger XXI 226 (Preuß. Oberverwaltungsgericht v. 15. Dezember 1900). Bei der Erhebung der Umsatzsteuer haben Verwaltungsbehörden

lediglich ein Element für die Findung des Urteils über die Hauptfrage. Diese allein bildet den Streitgegenstand. Nur über sie wird rechtskräftig entschieden.[36] Die Entscheidung über die Vorfragen nimmt an der Rechtskraft nicht teil.[37] Diese Lösung wird

und Verwaltungsgerichte selbständig zu prüfen, ob eine (steuerfreie) Schenkung vorliegt; bei der Erhebung der Wertzuwachssteuer haben sie zu prüfen, ob ein Eigentumsübergang im Sinne des BGB. stattgefunden hat u. a. m. Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 586, 702; Entscheidungen des Preuß. OVG. Bd. 60, S. 141. Weitere Beispiele bei Soergel I (1907/08) S. 485—486; 531 Nr. 6; 532 Nr. 10.

[36] ZPO § 322, Abs. 1: „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist." Betr. Abs. 2 (Aufrechnung einer Gegenforderung im Verwaltungsstreitverfahren), s. ein Urteil des badischen Verwaltungsgerichtshofs v. 11. Juni 1907 bei Reger XXVIII 263.

[37] So sagt das Badische Gesetz vom 14. Juni 1884, die Verwaltungsrechtspflege betreffend, § 1, Abs. 2: „Die Entscheidung (der Verwaltungsgerichte) ergeht unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse." Vgl. auch die analoge Bestimmung im Preuß. Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung („Landesverwaltungsgesetz") v. 30. Juli 1883, § 127 a. E. — Bei dieser Ordnung der Kompetenzverhältnisse ist es möglich, daß ein und dasselbe Rechtsverhältnis von Justiz und Verwaltung verschieden beurteilt wird. Beispiele: a) Die Polizei schreitet gegen einen Wirt, der nach ihrer Auffassung keine Schankkonzession besitzt, mit Ungehorsamsstrafe (s. unten § 13) ein und überweist ihn gleichzeitig dem Strafrichter zur Bestrafung gemäß Gew.O. § 147 Ziff. 1. Der Strafrichter findet jedoch, der Angeschuldigte besitze eine rechtsgültige Konzession und spricht frei. In diesem Fall besteht sowohl die Entscheidung der Justiz-, wie die der Verwaltungsbehörde zu Recht. Keine Behörde hat die Macht, die Entscheidung der andern aufzuheben. Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts v. 19. Mai 1897 (Entscheidungen Bd. 32, S. 290). — b) Das Strafgericht bestraft die Veranstalter einer Versammlung wegen Unterlassens der Anzeige (§ 5 u. 18 des Reichsvereinsgesetzes von 1908), weil es die Versammlung für eine öffentliche hält. Unabhängig vom Strafverfahren geht die Beurteilung der von den Veranstaltern erhobenen Beschwerde (Klage vor den Verwaltungsgerichten) einher, die sich gegen die unzulässige polizeiliche Überwachung der erwähnten Versammlung richtet. Hier haben die Verwaltungsgerichte selbständig und unabhängig vom Strafgericht zu entscheiden, ob nach ihrer Auffassung die Versammlung eine öffentliche gewesen ist. Preuß. Oberverwaltungsgericht v. 7. Oktober 1910 (Preuß. Verw.-Bl. XXXII 729). c) Die Steuerbehörde hat frei zu prüfen, ob eine Steuerhinterziehung vorliegt; daß im Strafverfahren eine Freisprechung wegen des Vergehens der Steuerhinterziehung erfolgt ist, bindet die Steuerbehörde und den Verwaltungsrichter nicht. Preuß. OVG. 15. März 1912 (Entscheidungen Bd. 62, S. 326). — Die Unabhängig-

durch praktische Erwägungen gerechtfertigt. Der für die Hauptsache zuständigen Behörde die Kompetenz zur Würdigung der Vorfragen entziehen, hieße, zu Gunsten des theoretischen Postulats der Gewaltentrennung ein einheitliches Streitverhältnis zerreißen und die Entscheidung der Hauptsache hinausschieben.

Doch die Regel wird durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen. Zivil- und Strafrichter, wie Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte besitzen die Möglichkeit, die Erledigung der ihnen unterbreiteten Hauptfrage auszusetzen, bis die Vorfragen von den Behörden beurteilt sind, denen die Befugnis zu rechtskräftiger Entscheidung der betreffenden Rechtsverhältnisse zusteht.[38] Überdies hat in zahlreichen Fällen das Gesetz den Ge-

---

keit der Verwaltung von der Justiz wird für einen andern Fall geschützt in dem Urteil des Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs v. 17. Januar 1912 (Reger XXXII 201).

[38] ZPO. § 148: „Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei." Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung I Bemerk. II zu § 148. Beispiel: Der Private verlangt im Zivilprozeß von der Stadtgemeinde den vollen Betrag eines Sparkassenbuchs heraus, welches er ihr als Sicherheit bestellt hatte. Die Stadtgemeinde will dagegen den Betrag der vom Kläger nach ihrer Behauptung geschuldeten Grundsteuer aufrechnen. In einem solchen Fall kann das Gericht aussetzen, bis durch die zuständigen Steuerbehörden über den bestrittenen Grundsteueranspruch erkannt worden ist. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 77, S. 411. — StPO § 261: „Hängt die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses ab, so entscheidet das Strafgericht auch über dieses nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften. Das Gericht ist jedoch befugt, die Untersuchung auszusetzen und einem der Beteiligten zur Erhebung der Zivilklage eine Frist zu bestimmen oder das Urteil des Zivilgerichts abzuwarten." — Die Vorschrift StPO § 261 ist auch auf die Beurteilung von Vorfragen öffentlichrechtlicher Natur analog anzuwenden. E. Löwe, Strafprozeßordnung (Kommentar), 10. Aufl. 1900, Bemerk. 9 zu § 261. — Allgemein schreibt dies das sog. A.-Gesetz für das Königreich Sachsen, über Kompetenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden, vom 28. Jan. 1835, § 14 vor: „Kommen in einem Falle Punkte vor, welche zur Justiz und andere, welche zur Verwaltung gehören, so hat über jene die Justizbehörde, über diese die Verwaltungsbehörde zu entscheiden ..."

richten die Prüfung gewisser Vorfragen verwaltungsrechtlicher Natur ein für allemal entzogen durch die Vorschrift, die Verfügung der Verwaltungsbehörde sei auch für das Gericht bindend.[39]

[39] Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung I[10] S. 417. Stein, Justiz u. Verwaltung S. 104 ff. — Beispiele: Reichsbeamtengesetz von 31. März 1873 (Fassung vom 17. Mai 1907) § 155: „Die Entscheidungen der Disziplinar- und Verwaltungsbehörden darüber, ob und von welchem Zeitpunkt ab ein Reichsbeamter aus seinem Amte zu entfernen, einstweilig oder definitiv in den Ruhestand zu versetzen oder vorläufig seines Dienstes zu entheben sei, und über die Verhängung von Ordnungsstrafen sind für die Beurteilung der vor dem Gerichte geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend." Die Reichsversicherungsordnung v. 19. Juli 1911, § 898, gibt dem Arbeiter, der von einem Betriebsunfall betroffen worden ist, oder dessen Hinterbliebenen neben dem Anspruch auf die Leistungen der Unfallversicherung einen Anspruch gegen den Betriebsunternehmer, wenn durch Strafgerichtsurteil festgestellt worden ist, daß dieser den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat. § 901: „Hat ein ordentliches Gericht über solche Ansprüche zu erkennen, so ist es an die Entscheidung gebunden, die in einem Verfahren nach diesem Gesetze darüber ergeht, ob ein entschädigungspflichtiger Unfall vorliegt, in welchem Umfang und von welchem Versicherungsträger die Entschädigung zu gewähren ist. — Das ordentliche Gericht setzt sein Verfahren so lange aus, bis die Entscheidung in dem Verfahren nach diesem Gesetze ergangen ist. Dies gilt nicht für Arreste und einstweilige Verfügungen." Vgl. ferner § 1543. Über den analogen Rechtszustand unter der Herrschaft des Gewerbe-Unfallversicherungsgesetzes v. 30. Juni 1900, § 135, vgl. Reger XXV 111; Erg.-Bd. III 548. Versicherungsgesetz für Angestellte, vom 20. Dezember 1911, § 91. Diese Bindung der Gerichte kann auch aus der ratio einer gesetzlichen Vorschrift abgeleitet werden. So sind die von den Ersatzbehörden über die Tauglichkeit eines Militärpflichtigen getroffenen Entscheidungen bindend für die Gerichte und von diesen daher bei der Beurteilung einer Anklage auf Grund von StGB § 142 (Selbstverstümmelung) als maßgebend zu betrachten. Urt. d. Reichsgerichts i. Strafsachen, v. 13. Januar 1911 bei Reger XXXI 204. Ebenso ist die von der Militärbehörde getroffene Entscheidung, daß eine Dienstbeschädigung im Sinne des sog. Reichs-Mannschafts-Versorgungsgesetzes v. 31. Mai 1906 § 41 vorliegt, bindend für die Gerichte. Soergel V 184. — Die neueste Judikatur des Reichsgerichtes nimmt ferner an, daß auch die Entscheidungen des preußischen Heroldsamtes über das Recht zur Führung von Adelsprädikaten für die Gerichte bindend seien. Darnach sei der Strafrichter nicht befugt, bei der Beurteilung einer Anklage wegen unbefugter Führung des Adelsprädikats (StGB. 360, Ziff. 8) selbständig zu untersuchen, ob der Angeklagte den Adelstitel zu Recht angenommen habe. Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 10. November 1909 (Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen Bd. 43, S. 33; Reger

III. Wie die vorstehenden Erörterungen zeigen, ist der Bereich der Verwaltung nicht scharf abgegrenzt von dem der Justiz. Dazu kommt, daß schon an sich der Gesetzgeber nie die Fülle der Erscheinungen zu überblicken und Normen aufzustellen vermag, die jeden Streit über die Grenzen der beiden Gebiete ausschließen. Trotz der gesetzlichen Ausscheidung der Kompetenzen sind Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltung und Justiz nicht ausgeschlossen.[40]

XXX 306); ebenso OLG. Düsseldorf 24. Februar 1913 (Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 727). Abweichend von der reichsgerichtlichen Auffassung hat sich dagegen der II. Strafsenat des Kammergerichts am 30. Juni 1908 und 27. Mai 1910 dahin ausgesprochen, es habe der Strafrichter selbständig zu prüfen, ob der Angeklagte ein Adelsprädikat unbefugt angenommen habe (Reger XXIX 262; DJZ. XV 709); ebenso mit eingehender Begründung das OLG. Cöln 6. Oktober 1911 (Jur. Wochenschrift 1912, S. 97). Den Standpunkt des Reichsgerichts verteidigt eine Abhandlung des K. Heroldsamts im Verwaltungsarchiv XVIII S. 129, 404; ferner B. Koerner im Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 873. Die reichsgerichtliche Auffassung ist unrichtig; solange kein Rechtsatz den unabhängigen Richter an die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde bindet, steht dem Richter über alle Seiten eines ihm unterbreiteten Rechtsverhältnisses die freie Beurteilung zu. Ein solcher den Richter an einen Spruch des Heroldsamts bindender Rechtsatz ist aber nicht nachweisbar. Die reichsgerichtliche Auffassung wird bekämpft u. a. von Hein in der DJZ. XV 398; Kade DJZ. XVI 1077; Stein, Justiz u. Verwaltung S. 109ff.; J. Kohler, Gericht oder Heroldsamt? (Goltdammer Archiv für Strafrecht Bd. 59, S. 193). Von dem Strafsenat des preuß. Kammergerichts weicht der Zivilsenat Ia desselben Gerichtshofs insofern ab, als er annimmt, daß die Entscheidungen des Preuß. Heroldsamts, soweit sie preußische Staatsangehörige betreffen, für den Richter in Sachen der Berichtigung standesamtlicher Urkunden bindend seien. Beschluß des Kammergerichts vom 17. November 1911 bei Johow Bd. 42, S. 66 und Reger XXXII 102. — Andrerseits hat jedoch das Reichsgericht einer Vorschrift der braunschweigischen Steuergesetzgebung die Anerkennung versagt, durch welche der Strafrichter bei der Aburteilung von Zuwiderhandlungen gegen die Steuergesetze an den die Steuerpflicht des Angeklagten aussprechenden Entscheid einer Kreisdirektion gebunden wurde. Das Reichsgericht hat mit Recht in der zitierten Bestimmung des Landesrechtes eine Verletzung der StPO. §§ 260, 261, 263 erblickt. Reichsgericht in Strafsachen Bd. 43, S. 373. Vgl. dazu Galli in der DJZ. XVI 625.

[40] Vgl. zum Folgenden: Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts I S. 101ff. Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts I S. 89ff. System des Deutschen Zivilprozeßrechts S. 49ff. Stein, Justiz u. Verwaltung, S. 71ff. Sarwey, Öffentliches Recht und Verwaltungsrechts-

Das Reichsrecht hat versucht, derartigen Konflikten durch die allgemeine Vorschrift des Gerichtsverfassungsgesetzes § 17 vorzubeugen. „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs . . . Sofern die Zulässigkeit des Rechtswegs durch rechtskräftiges Urteil des Gerichts feststeht, ohne daß zuvor auf die Entscheidung der besondern Behörden angetragen war, bleibt die Entscheidung des Gerichts maßgebend." Somit hat in einem solchen Falle auch die Verwaltung die Zuständigkeit der Gerichte anzuerkennen und die betreffende Angelegenheit endgültig den ordentlichen Gerichten zu überlassen. Dagegen bindet die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, die eine Angelegenheit für die Verwaltung in Anspruch nimmt, die Justiz nicht.[41] Die Verwaltung besitzt nicht die Macht, ihre Auffassung der Justiz aufzudrängen. Der Verwaltungsweg schließt den Rechtsweg nicht aus. Wenn das ordentliche Gericht findet, daß die von der Verwaltung entschiedene Sache auf den Rechtsweg gehört hätte, so bleibt, nach der angeführten Vorschrift, dem Gerichte die Möglichkeit zu freier Entscheidung.[42] Dieser Vorrang der ordentlichen Gerichte vor den Verwaltungsbehörden ist historisch zu erklären. Bis in das 19. Jahrhundert hinein sind in Deutschland die Gerichte die einzigen Organe gewesen, denen die Verteidigung des Rechts gegenüber der „Konvenienz" der Verwaltungsbehörden obgelegen hat. Die Stärkung der Unabhängigkeit der Gerichte gegenüber der Verwaltung ist somit auf eine Verstärkung des Rechtsschutzes überhaupt hinausgelaufen.

---

pflege, S. 673ff. Laband, Staatsrecht III[4] S. 362ff. Nadbyl, Art. „Kompetenzkonflikt" in Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts I S. 808ff. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 344ff. Stölzel, Rechtsprechung des (preuß.) Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, 1897. Göz, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, 1902, S. 112—117. E. v. Meier, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler II S. 755f. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts S. 662ff. (und die dort zitierte Literatur). — Über die Verhältnisse in Österreich: Lemayer, Art. „Kompetenzkonflikt" im Österreichischen Staatswörterbuch. Frankreich: Hauriou, Précis de Droit administratif, 7 éd., 1911, p. 942 („les conflits d'attribution et le tribunal des conflits").

[41] Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I S. 89.

[42] Aber das ordentliche Gericht kann die abweichende Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht aufheben und aus der Welt schaffen.

Allein mit der Ausbildung von Recht und Rechtsschutzeinrichtungen in der Verwaltung selbst ist der innere Grund für diese Privilegierung der Justiz weggefallen.[43] Daher ermächtigt das Reichsgerichtsverfassungsgesetz (§ 17) die Landesgesetzgebung,[44] „die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtswegs besonderen Behörden" zu übertragen, die nach Maßgabe reichsrechtlicher Normativbestimmungen zu organisieren sind.[45] Viele deutsche Staaten haben auf Grund dieser Ermächtigung besondere Kompetenzgerichtshöfe eingerichtet.[46] Dadurch hat die Verwaltungsbehörde das Mittel in die Hand bekommen, der Justiz die bei ihr anhängigen Angelegenheiten, die zur Kompetenz der Verwaltung

[43] Über die Erledigung der Kompetenzkonflikte in den einzelnen Staaten vor dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze: E. v. Meier, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft II S. 755 und die dort zitierte Literatur.

[44] Das EG. z. GVG § 17 hat den Staaten, die bereits vor Inkrafttreten des GVG. besondere Behörden zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte besaßen, die Befugnis verliehen, die bestehenden Organisationen durch landesherrliche Verordnung den Normativbestimmungen des GVG. § 17, Abs. 2 anzupassen. So ist z. B. in Preußen am 1. August 1879 eine landesherrliche Verordnung betr. die Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden ergangen.

[45] GVG § 17: „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs. — Die Landesgesetzgebung kann jedoch die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtswegs besonderen Behörden nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen übertragen: 1. . . . 2. Mindestens die Hälfte der Mitglieder muß dem Reichsgerichte oder dem obersten Landesgerichte oder einem Oberlandesgerichte angehören. . . . 3. . . . 4. Sofern die Zulässigkeit des Rechtswegs durch rechtskräftiges Urteil des Gerichts feststeht, ohne daß zuvor auf die Entscheidung der besonderen Behörde angetragen war, bleibt die Entscheidung des Gerichts maßgebend."

[46] Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, beide Mecklenburg, Sachsen-Koburg-Gotha, Oldenburg, Braunschweig, Waldeck. In Hessen ist der Verwaltungsgerichtshof gleichzeitig Kompetenzgerichtshof. (Hess. Gesetz die Verwaltungsrechtspflege betr. vom 8. Juli 1911 Art. 8, 104 ff.; Wilhelm van Calker, Staatsrecht d. Großherzogt. Hessen, 1913, S. 97). Für Bremen werden die Kompetenzkonflikte durch das Reichsgericht entschieden, gemäß EG. z. GVG. § 17, Abs. 1. Vgl. die Zusammenstellung bei Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts S. 665. Richard Schmidt, Zivilprozeßrecht, S. 186 ff.

gehören, zu entziehen.[47] Doch muß bei einem solchen sog. positiven Kompetenzkonflikt der Antrag beim Kompetenzgerichtshof gestellt werden, bevor das ordentliche Gericht den Rechtsweg durch rechtskräftiges Urteil für zulässig erklärt hat.[48] Die Entscheidung des Kompetenzgerichtshofes stellt bindend fest, wer zuständig ist, die Justiz oder die Verwaltung.[49] Die Landesgesetzgebung hat ferner die Kompetenzgerichtshöfe auch zur Entscheidung der sog. negativen Kompetenzkonflikte berufen.[50] Ein negativer Kompetenzkonflikt liegt dann vor, wenn in ein und derselben Sache die ordentlichen Gerichte, wie die Verwaltungsbehörden ihre Zuständigkeit rechtskräftig verneint haben, weil jede Gewalt die andere für zuständig erachtet.[51] Erklärt der Kompetenzgerichtshof die ordentlichen

---

[47] Das Landesrecht bestimmt, welche Verwaltungsbehörden zur Erhebung des Konfliktes befugt sind. In Preußen z. B. sind lediglich die Zentral- und Provinzialverwaltungsbehörden mit diesem Rechte ausgestattet. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 363.

[48] GVG. § 17, Abs. 2, Ziff. 4 (s. oben S. 27, Anm. 45). Über das Verhältnis eines (Landes-)Kompetenzgerichtshofs zum Reichsgericht: Beschluß der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 22. Mai 1901 (Entscheidungen Bd. 48, S. 195. Reger XXII 105). Vgl. auch unten Anm. 51.

[49] Beispiel: In einem konkreten Fall beanspruchen die Gerichte und in gleicher Weise auch die Steuerbehörden die Kompetenz zur Beurteilung einer Steuerrückforderungsklage. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 49 (und die dort zitierte Rechtsprechung).

[50] Nicht in allen Staaten mit Kompetenzgerichtshöfen. In Braunschweig z. B. kann der Kompetenzgerichtshof nur bei einem positiven Kompetenzkonflikt angerufen werden. Im übrigen aber schreibt das braunschweigische Verwaltungsrechtspflegegesetz v. 1895 § 15 vor: „Verneint der Verwaltungsgerichtshof seine Zuständigkeit aus dem Grunde, weil er ein Zivilgericht für zuständig hält, so hat er die Sache an dieses zu verweisen. Verneint ein Zivilgericht seine Zuständigkeit, weil es den Verwaltungsgerichtshof für zuständig hält, so hat es die Sache an diesen zu verweisen. Die Verweisung ist in beiden Fällen für das andere in Frage kommende Gericht bindend.“ Diese Bindung der Zivilgerichte widerspricht dem § 17 des Reichs-GVG. Rhamm, Staatsrecht des Herzogtums Braunschweig, 1908, S. 37.

[51] Über einen negativen Kompetenzkonflikt, der i. J. 1899 zu einer Kollision zwischen dem Reichsgericht und dem preußischen Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte geführt hat: Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 44, S. 4, 378; Bd. 48 S. 195 (Urteil vom 4. Mai 1899, Beschluß

Gerichte für zuständig, so müssen sich diese, im Widerspruch mit ihrer früheren abweisenden Entscheidung, der Beurteilung der Streitsache unterziehen, und dieselben Folgen treten für die Verwaltungsbehörde ein, wenn der Kompetenzgerichtshof die Sache auf den Verwaltungsweg weist. In solchen Fällen dient die Entscheidung des Kompetenzkonfliktes in erster Linie dem Interesse einer Partei:[52] sie will eine Rechtsverweigerung verhüten. Gleichzeitig enthält sie aber auch ein allgemeines judicium finium regundorum.

Den positiven, wie negativen Kompetenzkonflikten, kommt nicht etwa nur die Bedeutung von Hausstreitigkeiten zwischen den an der Erledigung der staatlichen Geschäfte beteiligten Beamten zu. Jedes staatliche Organ vermag staatlichen Willen nur innerhalb seiner gesetzlichen Kompetenz zu bilden.[53] Die Rechtsgültigkeit jedes staatlichen Aktes hängt davon ab, ob der Akt von dem betreffenden Organ innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs vorgenommen worden ist. Darum hat jede Justiz- und Verwaltungsbehörde, bevor sie sich mit einer Angelegenheit beschäftigt, ihre Kompetenz von Amtes wegen zu prüfen.[54] Die

---

vom 10. Juni 1899 und Beschluß der vereinigten Zivilsenate v. 22. Mai 1901). Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts S. 666 und die dort zitierte Literatur. Laband, Staatsrecht, III⁴ S. 364.

[52] Deshalb entscheidet der Kompetenzgerichtshof regelmäßig nur auf Antrag einer Partei. Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I S. 92.

[53] Aus diesem Grunde ist in einzelnen Staaten (Württemberg, Baden usw.) den Kompetenzgerichtshöfen die weitere Befugnis übertragen, Konflikte zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten zu erledigen.

[54] Daher bestimmt die ZPO (Fassung v. 22. Mai 1910) § 547: „Ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes findet die Revision (sc. beim Reichsgericht) statt: 1. insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die Unzulässigkeit der Berufung handelt . . .“ Aus demselben Grunde gehört die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs zu den prozeßhindernden Einreden, ZPO. § 274, Abs. 2, Ziff. 2; vgl. auch §§ 275ff. Vgl. dazu die Ausführungen des Reichsgerichts in Zivilsachen in dem Urteil vom 12. November 1902 (Entscheidungen Bd. 53, S. 35ff., insbes. S. 37): „Die Zulässigkeit des Rechtswegs bildet die begriffsnotwendige Voraussetzung für ein Tätigwerden der Gerichte überhaupt. Ihre Prüfung ist daher dermaßen unabhängig von Partei-

Behörde ist verpflichtet, sich der materiellen Beurteilung zu enthalten, wenn sie sich für inkompetent erachtet.

Durch den Spruch über die Zuständigkeit ist an sich über das anzuwendende Recht noch nichts entschieden. Diese Regel trifft jedoch nicht zu in den Fällen, in denen die Gerichte den Rechtsweg für zulässig erklären, weil sie in einer Streitsache eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" erblicken.[55]

Bei der Prüfung der eigenen amtlichen Zuständigkeit ist die Verwaltungsbehörde so wenig wie das Gericht an die Anträge und die Auffassung einer Partei gebunden. Maßgebend bleibt allein, welche juristische Natur die angerufene Behörde selbst, vermöge eigener wissenschaftlicher Untersuchung dem Rechtsverhältnisse zuerkennt, das in dem Anspruche zur Geltung gebracht wird.[56]

Doch damit ist die Untersuchung bei dem großen Gegensatze

---

dispositionen und Fundamentalgrundsätzen des Zivilprozesses, daß bei Nichtzulässigkeit des Rechtswegs selbst noch in der Revisionsinstanz ein dem Kläger günstiges vorinstanzliches Urteil aufzuheben, und ohne Rücksicht auf die jenem aus der relativen Rechtskraft des Urteils erwachsenen prozessualen Rechte die Klage abzuweisen ist." Was das Reichsgericht hier ausführt, gilt auch für die Prüfung der Kompetenz bei Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten.

[55] Vgl. z. B. Reichsgericht in Zivilsachen v. 15. Februar 1904 (Entscheidungen Bd. 57, S. 350). Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 31 und die dort zitierten Urteile.

[56] Vgl. über diese Frage: Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 22ff. und die dort zitierte Judikatur. Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung I[10], S. 7. Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen IV Nr. 1042. XVIII Nr. 652, 657. Stein, Justiz und Verwaltung S. 34. Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts S. 43. RGer. in Zivils. 77, S. 411. Soergel IV S. 62 Nr. 8. — Beispiel: Der Kläger bestreitet der Verwaltungsbehörde das Recht zu einem polizeilichen Eingriff in sein Eigentum (zwangsweise Reparatur eines baufälligen Erkers); er beruft sich zur Begründung des Klagbegehrens auf sein Eigentumsrecht. In diesem Fall ist aber die Frage nach dem Umfang der Polizeigewalt zur Diskussion gestellt, und daher gehört das ganze Rechtsverhältnis, trotz des privatrechtlichen Klagefundaments, dem öffentlichen Recht an. Das Gericht hat den Rechtsweg als unzulässig zu erklären und die Streitsache vor die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte zu weisen. Vgl. den Unterschied zwischen der öffentlich-rechtlichen und der zivilrechtlichen Seite bei Fleiner, Verwaltungsrechtsfälle, 1908, Nr. 63.

des materiellen Rechts angelangt, der aus der Scheidung von Justiz und Verwaltung herausgewachsen ist: bei der Feststellung der Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht.

§ 3. Geschichtliche Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft.[1]

I. Als in Frankreich die große Revolution die Staatseinrichtungen des ancien régime zertrümmerte, schuf sie der Praxis und der Gesetzgebung freie Bahn zur Bildung eines einheitlichen öffentlichen Rechts für die öffentliche Verwaltung. In Deutschland hat die Entwicklung andere Wege eingeschlagen. Nicht aus einer gewaltigen Krise von Staat und Gesellschaft ist das deutsche Verwaltungsrecht der Gegenwart hervorgegangen, sondern aus einem langsamen Umbildungsprozesse.

1. Dem germanischen Recht des Mittelalters war der Gegensatz von Privatrecht und öffentlichem Rechte fremd.[2] Man unterschied nicht die privatrechtlichen und die öffentlichrechtlichen Befugnisse einer Person. Beide waren Ausflüsse einer und derselben Art Recht. In diesem einartigen Rechtssystem erschienen der Befehl, den die Obrigkeit vermöge eines ihr zustehenden Hoheitsrechtes dem Untertan erteilte und die Forderung, die der Untertan auf Grund eines „wohlerworbenen Rechtes" gegenüber der öffentlichen Gewalt erhob, als juristisch gleichwertige Ansprüche. Wurde der Anspruch bestritten, so war der Erwerbstitel nachzuweisen. Die öffentliche Gewalt bestand aus einem Büschel von Hoheitsrechten in der Hand des Fürsten. Man kann diese ganze Epoche als die Periode der landesherrlichen Hoheitsrechte bezeichnen. Aus der erwähnten Auffassung heraus entwickelte sich für Obrigkeit und Volk ein gleicher

---

[1] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I §§ 3—5. Otto Mayer, Justiz und Verwaltung (Straßburger Rektoratsrede) 1902. Edgar Löning, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen (Verwaltungsarchiv II 217ff., 437ff.; III 94ff., 510ff.). F. Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906.

[2] Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. II (1873), S. 131ff. Andreas Heusler, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1905, S. 138ff.

Rechtsschutz.[3] In den Reichsgerichten — dem im Jahre 1495 errichteten Reichskammergericht und dem Reichshofrat — wurden Gerichtsinstanzen geschaffen, vor denen auch der Fürst Recht zu nehmen hatte. Der Untertan wurde dadurch in den Stand gesetzt, den Fürsten, der ihn bei der Ausübung eines Hoheitsrechtes gekränkt hatte, vor den Reichsgerichten zu verklagen.[4] Auf diese Weise übte insbesondere das Reichskammergericht eine Kontrolle über die Verwaltungstätigkeit in den Territorien aus. Es nahm Aufgaben wahr, die heute der Verwaltungsgerichtsbarkeit übertragen sind.

2. Der aufkeimende Polizeistaat war eben daran, alle die erwähnten landesherrlichen Einzelrechte zu einer einheitlichen Staatsgewalt zusammenzuschweißen, als die Reformation den Landesherren in dem jus reformandi auch formell die Gewalt über die religiöse Seite des Volkslebens und damit die Verantwortlichkeit für das Seelenheil der Untertanen zubrachte. Die Sorge für den wahren Glauben wurde das oberste und höchste Anliegen der irdischen staatlichen Gewalt. Eine ungeheure Machterweiterung, welche die bestehenden Schranken der landesherrlichen Kompetenzen niederlegte und die fürstliche Macht in eine absolutistische Staatsgewalt verwandelte! Mit dem Zusammenbruch der alten Kirche waren in den evangelischen Territorien dem Staate Lebensgebiete erschlossen worden, die

---

[3] Vgl. zum Folgenden: Johann Jacob Moser, Von der Teutschen Justiz-Verfassung, 1774. Günther Heinrich von Berg, Handbuch des Teutschen Policeyrechts, 2. Aufl., I (1802) S. 152, 154—156 und die dort zitierte ältere Literatur. Hermann Schulze, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, I (1881) S. 635ff. Edgar Löning, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 771ff. Tezner, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsarchiv VIII S. 228ff.). Richard Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl., 1907, S. 848ff., 869. Rudolf Smend, Das Reichskammergericht, I (1911) S. 51ff.

[4] In den Territorien der Fürsten, die das Recht auf „Austräge" hatten, mußte der Untertan den Fürsten zuerst vor den „Austrägen" (Schiedsgericht) belangen. Wurde der Streit vor dieser Instanz im Territorium endgültig „ausgetragen", so unterblieb die Berufung an die Reichsgerichte. Pütter, Anleitung zum Teutschen Staatsrecht, aus dem Lateinischen übersetzt von C. A. v. Hohenthal, I 2 (1792) S. 147. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 564. R. Smend, Reichskammergericht, I S. 54ff.

bisher das kanonische Recht beherrscht hatte. Auf sie warf sich die neue fürstliche Allmacht. Die aus Frankreich übernommene Theorie vom jus politiae (la police) unternahm es, die erweiterte Zuständigkeit der Staatsgewalt zu rechtfertigen.[5] Das jus politiae sprach dem Landesherrn Recht und Pflicht zu, mit obrigkeitlicher Gewalt die Gefahren abzuwenden, die der irdischen Glückseligkeit, d. h. der Sicherheit und der Wohlfahrt der Bürger drohen. Das Ziel des jus politiae wurde die Herstellung des „guten Zustandes des Staatswesens" (=politia). Was das Interesse der „Policey" erforderte, durfte der Landesherr anordnen. Über die Notwendigkeit einer Anordnung und über die hierbei zur Anwendung zu bringenden Mittel, entschied seine freie „Konvenienz".[6] Damit war aber der Grund gelegt für die absolute Fürstengewalt; der Polizeistaat war fertig.

Die neuen Aufgaben, insbesondere die Verwirklichung der Wohlfahrt der Bürger, so wie sie der Polizeistaat auffaßte, bedingten eine weitgehende Einmischung der Obrigkeit in die Privatsphäre der Bürger. Sie wurde zunächst durch keine Rechtsschranke gemäßigt. Denn mit voller Schärfe entwickelte sich nunmehr der Gegensatz zwischen Justiz und Polizei (Regierung). Die Polizeigewalt durfte der Fürst nach freiem Ermessen handhaben.[7] Die Normen, nach denen die Beamten die Verwaltung zu führen hatten, waren Dienstanweisungen, keine Rechtsvorschriften. Die Justiz allein urteilte nach Rechtsätzen. Justizsachen und Polizeisachen wurden so die zwei Pole der Staatstätigkeit. „Fürs Gemeinwohl, aus Gründen, wobei vom Rechte ganz abgesehen wird, sorgt die Polizeigewalt in Abwendung künftiger Übel, und solange nur von diesem Standpunkt ausgegangen, solange nicht auf die Rechte eines benachteiligten Individuums Rücksicht genommen wird, so lange ist die Sache nicht Justizsache" (Gönner).[8] Daher das

[5] S. auch unten § 23.

[6] In diesem Sinne konnte Gönner, Teutsches Staatsrecht, 1804, § 328, S. 550, behaupten, es gebe kein Polizeirecht (Verwaltungsrecht). Ebenso G. H. v. Berg, Handbuch des Teutschen Policeyrechts, IV S. 1ff. („gibt es ein Policeyrecht?").

[7] Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 2. Aufl., II (1804) S. 1ff., insbes. S. 59 („Berichtigung des Begriffs der Justizsachen").

[8] Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses II S. 44.

Rechtssprichwort: „in Polizeisachen gibt es keine Appellation" (nämlich an die Gerichte). Auf eine Entscheidung nach Recht hatte daher nur der Bürger Anspruch, der seine Beschwerde gegen die Obrigkeit zu einer Justizsache zu stempeln vermochte. Hierzu reichte aber schon die Behauptung aus, die Obrigkeit habe in individuelle Rechte eingegriffen; dann lag eine „justizmäßige Polizeisache" vor. „Ob die Rechtsverletzung bei Privatsachen oder bei Ausübung der landesherrlichen Gewalt in der Frage steht, ob Rechte des Einzelnen oder des ganzen Staates den Streit ausmachen, ob über Unrecht in Aufstellung einer allgemeinen Norm oder in der Subsumtion, ob über Verletzung des Rechts in einer Disziplinar-, Staats-, Kameral-, Steuer-, Gesetzgebungs- oder Polizeisache geklagt wird, dies ist ganz gleichgültig" (Struben).[9] Auf Grund dieser Auffassung erlangte der Private die Befugnis, bei Verletzung seiner Rechte (Eigentum, Freiheit) durch obrigkeitliche Akte den Schutz der Gerichte anzurufen. Zwar waren die landesfürstlichen Territorialgerichte zur Entgegennahme von Klagen gegen den Landesherrn oder die landesherrlichen Beamten nicht zuständig. Denn seiner eigenen Gerichtsgewalt war der Landesfürst nicht unterworfen. Aber dafür blieb dem Kläger der Weg vor die Reichsgerichte geöffnet, und die Rechtsprechung des Reichskammergerichts hat so die Bürger gegen den Mißbrauch der landesfürstlichen Macht geschützt, indem sie „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen" die Schranken bezeichnete, welche die Staatsgewalt gegenüber den „wohlerworbenen Rechten" der Bürger innezuhalten hatte.[10]

Von dieser Gerichtsbarkeit suchte sich jedoch die absolutistische landesfürstliche Gewalt durch den Erwerb von kaiser-

---

[9] David Georg Struben, Gründlicher Unterricht von Regierungs- und Justizsachen, Hildesheim 1733, S. 173ff. Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses II S. 38.

[10] G. H. v. Berg, Handbuch des Teutschen Policeyrechts, I S. 87ff. Rudolf Smend, Brandenburg-Preußen und das Reichskammergericht (Forschungen zur Brandenburgischen und Preußischen Geschichte Bd. XX S. 161ff.).— Der kaiserliche und Reichskammergerichts-Assessor Freiherr v. Cramer (1772) hat uns in den 124 Bändchen seiner „Wetzlarischen Nebenstunden" zahlreiche Beispiele für die im Texte erwähnte Praxis des Reichskammergerichts aufbewahrt. Vgl. z. B. Bd. 33; Bd. 64, Abh. 5; Bd. 70, Abh. 5; Bd. 85, Abh. 2. Vgl. auch Otto Mayer, Justiz und Verwaltung S. 7ff.

lichen privilegia de non appellando und privilegia de non evocando zu befreien und sich der Kontrolle der Reichsgerichte zu entziehen.[11] Wenn ein kaiserliches Privileg nicht zu bekommen war, so wurde das Ziel häufig durch Anwendung von Gewalt erreicht. Als man Friedrich Wilhelm I. von Preußen von Klagen berichtete, die seine Untertanen gegen ihn bei den Reichsgerichten angestrengt hätten, so verordnete der König: „daß den renitenten Edelleuten allerhand Schikanen gemacht und ihnen solchergestalt der Kitzel vertrieben werde, gegen ihren angeborenen Landesherrn und Obrigkeit an dergleichen frevelhaftes und gottloses Beginnen weiter zu denken."[12] Die Lücke, welche durch

---

[11] Pütter, Anleitung zum Teutschen Staatsrecht, II S. 167ff. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., S. 656. Insbesondere fallen in Betracht der Jüngste Reichsabschied v. J. 1654 § 123: „Schließlich und zum eilfften befehlen Wir den Assessorn Unsers und des Heil. Reichs Cammer-Gerichts hiermit ernstlich, der Ständ-Privilegia reiflich zu erwegen, fleißig in Acht zu nehmen und steiff darüber zu halten, damit also leicht dergleichen Appellationes nicht angenommen werden, welche solchen Privilegiis und darinnen enthaltenen Summen zuwider lauffen, in Gestalten dann Cammer-Richter, Präsidenten und Beysitzere, wann sie im Zweiffel stehen, ob die Summa appellabilis, oder aber dem Privilegio vielleicht nicht conform sein möchte, die begehrte Inhibitiones nicht zu erkennen, sondern abzuschlagen oder wenigst dem Judici a quo vorhero um Bericht zu schreiben schuldig sein sollen." (K. Zeumer, Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit², 1913, S. 446.) — Entwurf einer beständigen Wahlkapitulation vom 8. Juli 1711, Art. XVIII: „Der Römische Kayser . . . . . will auch die Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen, Herren und andre Stände des Reichs, ingleichen die unmittelbare Reichs-Ritterschafft und dero allerseits Untertanen im Reich mit rechtlichen oder gütlichen Tag-Leistungen von ihren ordentlichen Rechten nicht dringen, erfordern oder vorbescheiden, sondern einen jeden bey seiner Immedietät, Privilegiis de non appellando et evocando, sowohl in Zivil- als Criminal-Sachen, Electionis fori, dem Jure Austregarum bey der ersten Instantz und deren ordentlichen, unmittelbaren Richtern, mit Aufheb- und Vernichtung aller deren bißhero etwan dargegen unter was Schein und Vorwand es seyn möge, beschehener Contraventionen, ergangenen Rescripten, Inhibitorien und Befehlen, bleiben, und keinen mit Commissionen, Mandaten und anderen Verordnungen darwider beschweren oder eingreiffen, noch auch durch den Reichs-Hof-Rath und das Cammer-Gericht oder sonsten eingreiffen lassen . . . . . ." (Zeumer, Quellensammlung S. 474.)

[12] Otto Mayer, Justiz und Verwaltung S. 6.

den Wegfall der reichsgerichtlichen Kontrolle entstand, suchte die Fiskustheorie auszufüllen.[13] Sie ging davon aus, das öffentliche Vermögen gehöre weder dem Landesherrn, noch dem Herrscher Staat, sondern einem von ihnen verschiedenen Rechtssubjekte, dem Fiskus, d. h. einer Person, die dem Vermögensrecht unterstehe. Der Fiskustheorie aber galt das Vermögensrecht als ein Teil des Privatrechts. Ihr fiel es deshalb nicht schwer, den Fiskus wie einen Privatmann der Justiz und den Justiznormen, d. h. dem Zivilrecht, zu unterwerfen.[14] Diese Auffassung stempelte m. a. W. die „fiskalischen Sachen" zu Justizsachen. Sie verschaffte auf diese Weise dem Untertan die Möglichkeit, die Obrigkeit in der Person des Fiskus vor ihren eigenen Territorialgerichten zu verklagen, sofern das Streitverhältnis vermögensrechtliches Gepräge trug.[15] Damit unterwarf die Fiskustheorie zahlreiche Rechtsverhältnisse, an denen die öffentliche Verwaltung beteiligt war, der Herrschaft des Privatrechts: die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Staatsdiener und Staat; die Ansprüche des Einzelnen gegen den Staat, die auf „Privatrechtstiteln" (Vertrag, condictio usw.) beruhten u. a. m.[16] Aber darin erschöpfte sich die Fiskustheorie nicht. Ihre interessanteste Leistung ist in dem Versuche enthalten, für den Untertan auch gegenüber hoheitlichen Akten der Obrigkeit Rechtschutz zu erringen. Zwar vermochte sie dies nicht auf direktem Weg zu erreichen. Denn den landesherrlichen Territorialgerichten blieb die Kompetenz versagt, eine von der Regierung in „Policeysachen" erlassene Verfügung aufzuheben. Aber die Zivilgerichte erlangten auf Grund der Fiskustheorie die Zuständigkeit, den „Fiskus" zur Bezahlung einer Schadenersatzsumme an den Untertan zu verurteilen, dessen „wohlerworbenes Privatrecht" durch eine obrigkeitliche Verfügung

---

[13] Auch in England galt der Satz, daß der König seinen eigenen Gerichten nicht unterworfen ist. Dort schuf die Praxis in der dem Untertan verliehenen Petition of right ein Surrogat der Fiskustheorie. Hatschek, Englisches Staatsrecht I (1905) S. 88ff.

[14] Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht III S. 796ff. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 476. Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB. (Verwaltungsarchiv VII S. 424ff., insbes. S. 457ff.).

[15] Pütter, Anleitung zum Teutschen Staatsrecht, II S. 288.

[16] Fleiner, Umbildung zivilrechtlicher Institute S. 23.

verletzt worden war. Der Ersatzanspruch wegen Verletzung wohlerworbener Rechte übernahm damit die Funktion einer Rechtsschutzeinrichtung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Es begründete keinen Unterschied, ob der staatliche Eingriff rechtgemäß oder rechtswidrig erfolgt war. Es sei nur an den Ausgangspunkt der ganzen Lehre, an die Expropriation, erinnert.

Die soeben dargestellte Rechtsauffassung hatte alsbald ihre Feuerprobe zu bestehen. Inzwischen war es zur Bildung einer geschlossenen Staatsgewalt gekommen, und die Scheidung zwischen der privaten Sphäre des Monarchen und seiner staatlichen Organstellung war zur Anerkennung gelangt.[17] Die nächste Folge war eine Kräftigung der Staatsmacht und ein verstärktes Rechtsschutzbedürfnis des Untertans. Diesem wurde durch den Ausbau der Lehre von den wohlerworbenen Privatrechten genügt. Von der Auffassung, die „wohlerworbenen Rechte" seien die angeborenen Menschenrechte, ging man über zu der Behauptung, „wohlerworbene Rechte" seien alle durch besondere Rechtstitel begründeten Rechte, um schließlich in praxi dem Richter volle Freiheit zu lassen, ein Individual*recht* überall dort anzunehmen, wo das Rechtsbewußtsein den Schutz des Individuums gegenüber der Staatsgewalt verlangte. Während so die Gerichtspraxis ohne langes Besinnen auch bloßen Interessen der Einzelnen den Charakter von subjektiven Rechten zuerkannte,[18] ließ sie sich andrerseits dabei von der Vorstellung leiten, vollgültige Individualrechte beständen allein auf dem Boden der Privatrechtsordnung. Soweit sie Ansprüche der Untertanen gegen die öffentliche Gewalt anerkannte, drückte sie ihnen somit den Stempel von Privatrechten auf.

Das Bestreben, die Verwaltung des absoluten Staates an feste Rechtsregeln zu binden, hatte praktische Gestalt gewonnen in einer Theorie, die auf großen Gebieten die öffentliche Verwaltung dem Zivilrecht und der Zivilgerichtsbarkeit unter-

[17] Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht II S. 644ff., III S. 597. A. Heusler, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1905, S. 287. Vgl. auch Ph. A. v. Segesser, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern, III (1857) S. 244—248; IV (1858) S. 720—723. Georg Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 243.

[18] G. H. v. Berg, Teutsches Policeyrecht, I S. 165ff.

warf.[19] Der Fiskus war der Prügeljunge für den Staat geworden.[20] Je mehr die Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte abbröckelte, desto siegreicher drang die Fiskustheorie vor. Nur in wenigen Territorien (Hessen-Kassel, Schwedisch-Pommern) ging beim Sinken der Reichsgewalt die von den Reichsgerichten ausgeübte Kontrolle über die öffentliche Verwaltung unverändert auf die obersten Landesgerichte über.[21]

3. Das neue Verfassungsrecht, das aus den Stürmen der Revolutionszeit hervorging, schuf neue Grundlagen auch für die öffentliche Verwaltung. Mit Hilfe der Lehre von der Trennung der Gewalten beseitigte Frankreich die Einmischung der Justiz in die Verwaltung, an der das Ancien régime gekrankt hatte.[22] Den Zivilgerichten wurde die Zuständigkeit zur Beurteilung von Rechtsverhältnissen, an denen die öffentliche Verwaltung beteiligt war, entzogen. Als Ersatz errichtete aber das Gesetz (1801) innerhalb der Verwaltung selbst besondere Verwaltungsgerichte[23] und übertrug diesen die Kompetenz, auf Beschwerde des Bürgers hin gesetzwidrige Verwaltungsakte aufzuheben. Von der Unzuständigkeit des Zivilgerichts schloß die Praxis auf die Unanwendbarkeit des Zivilrechts. So setzte sich in Frankreich der Satz durch, daß der verwaltende Staat grundsätzlich nach öffentlichem Rechte lebt, und daß das Zivilrecht auf den Staat nur Anwendung findet, soweit er sich dessen Herrschaft ausdrücklich unterworfen hat.[24]

---

[19] Voraussetzung für die Durchführung der Fiskustheorie war die oben (§ 2) erwähnte faktische Verselbständigung der Justiz gegenüber der Verwaltung.

[20] C. Bornhak, Preußisches Staatsrecht II (1889) S. 464.

[21] Otto Bähr, Der Rechtsstaat, 1864, S. 135ff. E. v. Meier, in der Zeitschrift für deutsches Staatsrecht I S. 279ff. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 52, Anm. 23. Georg Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht S. 656.

[22] S. oben S. 11.

[23] Schon unter dem ancien régime war in den Kämpfen der königlichen Verwaltung gegen die Übergriffe der ordentlichen Gerichte eine Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgebildet worden. A. de Tocqueville, l'ancien régime et la révolution (œuvres complètes IV p. 77).

[24] Haurion, Précis de Droit administratif, 7 éd., 1911, p. 98 („Caractères spécifiques et valeur pratique du droit administratif français"). A. Esmein, la question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante (Jahrbuch d. öffentl. Rechts, Bd. V 1911, S. 3.). — Die fran-

Anders entwickelten sich die Dinge in Deutschland. Die Verfassungsurkunden beließen dem Rechte nach die ganze Staatsgewalt dem Monarchen. Aber dieser behielt nur die Verwaltung zu eigener Ausübung bei, unter Mitwirkung verantwortlicher Minister. Die Justiz wurde vom Monarchen unabhängig gestellt. Über Justiz und Verwaltung aber trat als oberste Gewalt im Staate die Gesetzgebung. Sie konnte vom Monarchen nur unter Mitwirkung einer Volksvertretung ausgeübt werden. Sie war der einseitigen Verfügung des Monarchen entrückt und erlangte damit Unverbrüchlichkeit auch für die Verwaltung. Dadurch gewann der Gesetzgeber die Möglichkeit, die Verwaltungsbehörden auch in ihrem Verkehr mit den Untertanen an feste Rechtsschranken zu binden. Die Verwaltungsnormen erlangten „zweiseitig verbindende Kraft" (Ihering),[25] d. h. sie banden den Verwaltungsbeamten nicht nur dem Vorgesetzten, sondern auch dem Untertan gegenüber. Es entwickelte sich für die öffentliche Verwaltung ein besonderes öffentliches Recht, gleichwertig den „Justiznormen", dem Zivilrecht. Damit wurde die Ausübung der Verwaltung selbst „justizmäßig". „Den Verbindlichkeiten, welche die Subjektionsverhältnisse für den Untertanen begründen, stehen die Rechte der Untertanen als solche zur Seite. Beide stellen sich als unmittelbare Folge eines und eben desselben Rechtsverhältnisses — des Subjektionsvertrages — dar.

---

zösische Gesetzgebung ist bei der Lösung des Problems, ein Recht zu bilden, nach dem der Staat selbst lebt, im wesentlichen zu denselben Ergebnissen gelangt, wie das Römische Recht. In Rom galt das private Vermögensrecht nur für die Beziehungen inter privatos; für den Schutz des öffentlichen Vermögens bestanden besondere, von den privatrechtlichen Schutzmitteln abweichende Formen. Mommsen, Römisches Staatsrecht, 2. Aufl., I S. 162ff., 227, II S. 102, 454; 952ff. E. v. Meier, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler II S. 732. — Umgekehrt bildet in England die Recht gewordene Verwaltungspraxis (Verwaltungsroutine) einen Bestandteil des common law, d. h. des allgemeinen bürgerlichen Rechts. Daher vermögen im allgemeinen die ordentlichen Gerichte unter den verschiedenartigsten Titeln eine Kontrolle über die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung auszuüben. Hatschek, Englisches Staatsrecht, II S. 609ff., 649ff. und die dort zitierten Autoren. O. Koellreutter, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England, 1912.

[25] Ihering, Der Zweck im Recht I S. 344ff. („Die zweiseitig verbindende Kraft der Norm"). G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre[3] S. 388fg.

Beide haben eine aktive und eine passive Seite. Der Oberherr hat nicht bloß Rechte, sondern auch Verbindlichkeiten, und der Untertan hat nicht bloß Verbindlichkeiten, sondern auch Rechte." So charakterisierte der württembergische Jurist Carl v. Pfizer im Jahre 1828 die eingetretene große Wandlung.[26]

Mit dem Sieg dieser Auffassung war jedoch in keinem deutschen Staate eine durchgreifende Reorganisation der Verwaltung und eine Errichtung besonderer, mit Verwaltungsrechtsprechung betrauter Behörden verbunden. In diesem Moment — dem Fehlen ausreichender Rechtsschutzorgane auf dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung — liegt die Erklärung dafür, daß die Entwicklung des Verwaltungsrechts in Deutschland in ganz andere Bahnen gedrängt wurde als in Frankreich. Wohl versuchte eine Richtung in der wissenschaftlichen Literatur,[27] der Vorstellung Eingang zu verschaffen, das öffentliche Recht werde von Verwaltungsbehörden ebensogut behütet, wie von Gerichten. Denn die Tätigkeit des Verwaltungsbeamten unterscheide sich in nichts von der des Richters; beider Aufgabe sei die Gesetzesanwendung. Aber die öffentliche Meinung und die Theorie kamen nicht darüber hinweg, daß die Verwaltungsbehörden bei der Entscheidung von Streitigkeiten zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Bürger in eigener Sache urteilten, und daß ihnen die richterliche Unabhängigkeit fehle. Sie erhoben deshalb gebieterisch den Ruf nach einer von der Verwaltung unabhängigen gerichtlichen Instanz zur Beurteilung der „administrativ-contentiösen Sachen" (vgl. darüber unten § 15). Um so weniger war daher die Praxis gewillt, den Schutz durch unabhängige Gerichte für jene Gebiete preiszugeben, für die ein solcher bereits bestand. So kam es, daß alle die Streitsachen, welche die Fiskustheorie der Justiz unterstellt hatte, Justizsachen blieben. Das Zivilrecht lieferte auch fernerhin die Normen, nach denen diese Rechtsverhältnisse beurteilt wurden.

Unmerklich und langsam vollzog sich jedoch eine Wandlung des Fiskusbegriffs. Mit der Aufrichtung einer geschlossenen, ein-

[26] Carl v. Pfizer, Über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civil-Justiz, 1828, S. 18.

[27] Vgl. besonders G. L. Funke, Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, 1838, insbes. S. 124ff., 143.

heitlichen Staatsgewalt war für den Dualismus von Staat und Fiskus kein Raum mehr, und das neue Staatsrecht lehrte, daß der Fiskus keine vom Staate verschiedene Persönlichkeit, sondern nur die eine, vermögensrechtliche Seite des Staates selbst darstellt.[28] Trotzdem wurde die Kompetenz der Zivilgerichte zur Beurteilung der fiskalischen Streitigkeiten nicht erschüttert. Allein es galt nunmehr, die Herrschaft des Zivilrechts über den Staat juristisch neu zu rechtfertigen. Diese Aufgabe hat die Theorie übernommen, die bis zum heutigen Tag die deutsche Wissenschaft und Praxis beherrscht: Der verwaltende Staat lebt nach zweierlei Recht, nach öffentlichem Recht und nach Privatrecht. Für welche Verhältnisse öffentlichrechtliche Normen zur Anwendung kommen, und für welche privatrechtliche, läßt sich durch keine allgemeine Formel bestimmen. Das ist für jedes einzelne Verhältnis auf Grund der historischen Entwicklung und der geltenden Gesetzgebung besonders festzustellen.

Die Entwicklung des neunzehnten Jahrhunderts hat aber vor den durch die Fiskustheorie gezeitigten Ergebnissen nicht Halt gemacht. In steigendem Maße hat sich auch hier eine öffentlichrechtliche Auffassung Geltung verschafft und eine Befreiung öffentlichrechtlicher Verhältnisse aus den privatrechtlichen Formen durchgesetzt.[29] Die historische Priorität in diesem Prozesse kommt der Theorie von den „gemischten Rechtsverhältnissen" zu. Sie lehrte, in bestimmten Rechtsinstituten, die man

[28] H. A. Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 2. Aufl., 1854, II S. 402, 403. Man vergleiche ferner z. B. G. v. Weiler, Über Verwaltung und Justiz, 1830, S. 8 § 14: „Endlich kann auch der Staat selbst, oder seine Vertreter in solche Rechtsgeschäfte eingehen, welche im Privatrecht ihre Bestimmung erhalten. In diesem Falle stellt der Staat selbst sich unter die Rechtswirkung des Privatrechts; die Beziehung des Privatrechts auf den Staat ist zwar hier nicht im Gesetze aufgestellt, aber der Staat fällt unter die Wirksamkeit des Gesetzes, weil er durch seine Handlung, wie jedes andre Rechtssubjekt, sich darunter subsumiert. Dies sind die fiskalischen Rechte und Verbindlichkeiten, welche ungeachtet ihrer zufälligen und subjektiven Beziehung auf den Staat, darum nicht dem öffentlichen Rechte, sondern dem Privatrechte angehören." Vgl. auch Wilhelm Josef Behr, Die Verfassung und Verwaltung des Staats, Bd. II (1812) S. 107. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 60.

[29] Vgl. zum folgenden Fritz Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906.

früher als reine Gebilde des Zivilrechtes betrachtet hatte, seien zivilistische und publizistische Bestandteile zu einer Einheit verschmolzen. Daraus folge, daß dasselbe Rechtsinstitut zum Teil dem Zivilrecht, zum Teil dem öffentlichen Recht unterstehe. Es sei nur erinnert an die Zerlegung des Beamtenverhältnisses in eine privatrechtliche und eine öffentlichrechtliche Seite, oder an dieselbe Spaltung in dem Institute der Zwangsenteignung. Diese Art der Scheidung ließ den vermögensrechtlichen Anspruch des Beamten und des Expropriaten gegen den Staat auf dem Boden des Privatrechts, rückte aber die übrigen Seiten des Instituts in die Sphäre des öffentlichen Rechts. Damit hatte man eine juristische Form gewonnen, die ermöglichte, ein Rechtsverhältnis, das über den privatrechtlichen Rahmen hinausgewachsen war, aus der privatrechtlichen Schablone zu befreien, andererseits aber das Element auf dem Boden des Zivilrechts festzuhalten, für welches die damalige Gesetzgebung nur unvollkommene Rechtschutzgarantien darbot. Die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichtshöfe in den größeren deutschen Staaten (seit 1863) bezeichnet den Wendepunkt der Entwicklung. Sie schuf die Krönung des Rechtsstaates. Einer von den Verwaltungsbehörden unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde die Aufgabe übertragen, auf Beschwerde des Untertans hin zu prüfen, ob die öffentliche Verwaltung beim Erlaß einer obrigkeitlichen Anordnung subjektive Rechte verletzt habe.[30] Damit fiel für Praxis und Doktrin die Notwendigkeit weg, ein einheitliches Institut gewaltsam zu zerreißen und den einen Teil auf den Boden des Privatrechts zu stellen, um dem Bürger einen rechtlich geschützten Anspruch gegen die öffentliche Verwaltung zu verschaffen. Weiter aber führte die Einsetzung einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit von selbst eine Umgestaltung der Theorie von den wohlerworbenen Privatrechten herbei. Mit der Ausbildung direkter Rechtschutzgarantien verlor deren Surrogat, die zivilrechtliche Schadensersatzklage wegen Verletzung wohlerworbener Rechte, ihre Bedeutung.[31] Denn nicht Ausgleichung des Vermögens-

[30] Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 3ff.

[31] Ein anschauliches Beispiel bietet die württembergische Rechtsentwicklung. Die Württembergische Verfassungsurkunde v. 25. September 1819 stellte in § 95 den Satz auf: „Keinem Bürger, der sich durch einen

schadens, sondern Sicherung des dem Untertan garantierten Rechtsbestandes wurde die Aufgabe der Verwaltungsrechtsprechung. Die Schadenersatzklage blieb — abgesehen von dem Gebiete der Beamtenhaftung — seither beschränkt auf die Fälle, in denen ein rechtgemäßer Akt der Staatsgewalt das Vermögen Privater geschädigt hat.

Die dargestellte Entwicklung hat auf großen Gebieten der öffentlichen Verwaltungstätigkeit das öffentliche Recht zur Herrschaft gebracht und das Zivilrecht zurückgedrängt. Die Rechtfertigung für diese Ausschaltung des Privatrechts liegt in der Tatsache, daß das Privatrecht von der Gleichberechtigung der Individuen ausgeht und zugeschnitten ist auf die Ausgleichung gleichberechtigter Einzelinteressen. Je weiter aber der Interessenkreis des Staates geworden ist, desto weniger hat die öffentliche Verwaltung ihre Geschäfte mit den Mitteln des Privatrechts besorgen können. Nur mit Hilfe herrschaftlicher, obrigkeitlicher Gewalt vermag sie die höchsten und letzten ihrer Aufgaben zu erfüllen. Sobald aber die öffentliche Verwaltung den Bürgern herrschaftlich, obrigkeitlich gegenübertritt, ist das auf Gleichordnung der Parteien gestimmte Zivilrecht unanwendbar. Es beginnt der Bereich des öffentlichen Rechts.

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, ist öffentliches Recht als ein Spezialrecht für solche Verhältnisse der öffentlichen Verwaltung entstanden, für die das Privatrecht nicht das „richtige Recht" darstellt. Es hat sich nur langsam und mit Mühe durchgesetzt und noch zur Stunde muß es um seine Anerkennung ringen gegen die Vorherrschaft des Privatrechts, die ihren Rückhalt findet an der zentralen Stellung der Zivil-

---

Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden." Hierin lag eine Zusicherung gerichtlichen Rechtsschutzes. Die Praxis gelangte jedoch bei der Auslegung der Vorschrift zu keinem festen Ergebnis; herrschende Meinung wurde, die Verfassungsurkunde spreche in § 95 lediglich ein Recht auf Schadenersatz zu. Mit der Ausbildung direkter Rechtsschutzgarantien wurde der Auffassung, die zit. Vorschrift gewährleiste mehr, nämlich eine Kontrolle der ordentlichen Gerichte über die Verwaltung, vollends der Boden entzogen. Fritz Fleiner, Staatsrechtliche Gesetze Württembergs, 2. Ausgabe, 1907, S. 55. Ottmar Bühler, Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württembg. Recht, Tübinger jurist. Dissertation 1911, S. 94 ff.

gerichtsbarkeit und der durch sie bedingten einseitig zivilistischen Ausbildung der Mehrzahl der deutschen Juristen. Nicht verschwiegen soll ferner sein, daß zum Teil die formale Unvollkommenheit des öffentlichen Rechtes selbst der Weitergeltung zivilrechtlicher Vorschriften Vorschub geleistet hat. Denn für zahlreiche Verhältnisse der öffentlichen Verwaltung fehlt es noch an fertig ausgebildeten, bis in die Einzelheiten ausgebauten besonderen Rechtsnormen.

Eine reiche und vielfach verschlungene Entwicklung mündet in dem Rechte der Gegenwart aus. Ihre Höhepunkte werden nicht durch Erlasse des Gesetzgebers bezeichnet. Von der Praxis der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichte und von der stillen Arbeit der Wissenschaft ist der Fortschritt ausgegangen. Vieles ist zur Reife gekommen. Das meiste aber ist als ein Werdendes der Pflege der Gegenwart und der Sorge der Zukunft anheimgestellt.

II. Die Wissenschaft ist auch auf diesem Gebiet der getreue Spiegel der Rechtsentwicklung gewesen.[32] In den Tagen des Polizeistaats erblickte sie ihre Aufgabe darin, zu registrieren, auf welche „Gegenstände" sich die Fürsorge der „Policey" erstreckte und welche Gründe für das Eingreifen des Staats maßgebend waren.[33] Nach der Einführung des Verfassungsstaates und der organisatorischen Scheidung von Justiz und Verwaltung suchte sodann die Wissenschaft die Kompetenzgrenze zwischen Justiz und Verwaltung zu finden und eine allgemeine Formel zu gewinnen, nach der die „Justizsachen" von den „Regierungssachen" unterschieden werden könnten.[34] Daneben aber begann sie, das alte „teutsche Policeyrecht" in die neue Form der „Verwaltungslehre" hinüberzuleiten; die einzelnen Verwaltungszweige mit allen ihren Zutaten erfuhren eine eingehende Beschreibung.

[32] Otto Mayer, I S. 16ff. Edgar Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 21ff.

[33] Ein Beispiel aus vielen: Günther Heinrich von Berg, Handbuch des Teutschen Policeyrechts, 2. Aufl., 1802ff.

[34] Zu vergleichen sind die oben, S. 40ff. zitierten Schriften von Funke, Pfizer, Behr, Weiler u. a. Besonders charakteristisch für die ganze Richtung ist die Abhandlung von Mittermaier, Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses (Archiv für zivilistische Praxis, Bd. IV [1821] S. 305ff.).

Darin fanden auch die für den einzelnen Verwaltungszweig erlassenen Rechtsvorschriften eine Berücksichtigung. Im Vordergrund aber stand die Erörterung der Gründe und Gegengründe, die für oder gegen ein Eingreifen des Staates in das betreffende Lebensgebiet sprachen. In dieser Form hat sich die Verwaltungslehre bis heute erhalten.[35]

Unabhängig von der Verwaltungslehre ist endlich die Rechtswissenschaft daran gegangen, die für die Verwaltung ausgebildeten Rechtssätze geistig zu beherrschen und zu gliedern. Zunächst nach der sog. staatswissenschaftlichen Methode. Diese hat von der Verwaltungslehre das äußere Gerippe, die Scheidung nach den Verwaltungszweigen, übernommen, und um dieses die Rechtsätze gruppiert. Auf solche Weise sind eine ganze Zahl von juristischen Konglomeraten entstanden (Feuerpolizei, Wasserpolizei, Baupolizei, Medizinalwesen, Schulwesen, Gesundheitswesen usw.). Die nach der staatswissenschaftlichen Methode verfaßten Lehrbücher haben den gewaltigen positiven Rechtsstoff zusammengetragen und damit das Fundament für jede weitere wissenschaftliche Arbeit gelegt.[36] Die besten von ihnen

---

[35] Die Verwaltungslehre hat unser Wissen vom Staat und den Verwaltungseinrichtungen wesentlich gefördert. Der klassische Vertreter dieser Richtung ist Lorenz v. Stein: Lorenz v. Stein, Verwaltungslehre, 7 Teile, 1865—1868. — Neuerdings hat Ferdinand Schmid in seiner Leipziger Antrittsrede „Über die Bedeutung der Verwaltungslehre als selbständiger Wissenschaft" (Tübinger Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 65 [1909] S. 193ff.) für den akademischen Betrieb der Verwaltungslehre eine Lanze gebrochen. Nach Schmid (S. 213) entnimmt die Verwaltungslehre ihren Stoff „vielfach anderen Wissensgebieten, namentlich der Geschichte, der Statistik, der politischen Ökonomie, den technischen Wissenschaften, der Morallehre und endlich auch der Rechtswissenschaft, indem auch sie bemüht ist — wenngleich in andrer Art als das Verwaltungsrecht — den rechtlichen Inhalt der öffentlichrechtlichen Verwaltungseinrichtungen zu ergründen und für ihre besonderen Zwecke zu verwerten." Ob für die Ergründung des juristischen Gehalts des Verwaltungsrechts in einer so bunten Gesellschaft Raum ist, erscheint jedoch dem Juristen sehr zweifelhaft.

[36] H. Roesler, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1872/73. O. v. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts, Bd. I, 1887. Edgar Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884. A. v. Kirchenheim, Einführung in das Verwaltungsrecht, 1885. K. v. Stengel, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1886. Georg Meyer, Lehrbuch des

enthalten auch bereits einen Bestand von „allgemeinen Lehren" des deutschen Verwaltungsrechts. Allein beim Anknüpfen an ein rein äußerliches, für die Zwecke der Verwaltungspraxis geschaffenes Gerippe ist vielfach das, was juristisch zusammengehört und eine einheitliche rechtliche Erscheinung bildet, auseinandergerissen worden. Über der Analyse der einzelnen Rechtsvorschriften ist die Synthese, die Zusammenfassung zu Rechtsinstituten, zu kurz gekommen.[37] Erst in der neuern und neuesten Zeit hat eine rein juristische Methode ihren Einzug in die Verwaltungsrechtswissenschaft gehalten. Dieselbe juristische Betrachtungsweise, durch die die Privatrechtswissenschaft groß geworden ist, ist auch auf die Behandlung verwaltungsrechtlicher Probleme übertragen worden. Die Bahn hat Otto Mayer gebrochen mit seinem grundlegenden Werke über Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96).[38]

Deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1893; 3. Aufl., bearbeitet von Dr. Franz Dochow, 1910, 4. Aufl., bearbeitet von Dochow, erster Teil 1913. Ernst v. Meier, Das Verwaltungsrecht (in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff u. Kohler II, 1904, S. 639—760). Conrad Bornhak, Grundriß des Verwaltungsrechts in Preußen und dem Deutschen Reiche, 4. Aufl., 1912. Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, 21. Aufl., 1912. Weitere Literaturangaben: bei Georg Meyer-Dochow, Verwaltungsrecht[4], § 7. Zu vergleichen ist ferner K. v. Stengel, Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 2 Bde. und 3 Ergänzungsbände, 1890 ff.; 2. Aufl. unter dem Titel „Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts", herausgegeben von Fleischmann, I 1911; II 1913. Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verwaltung, 1906; 2. Aufl., 1911. Curt von der Mosel, Handwörterbuch des Königl. Sächsischen Verwaltungsrechts, 12. Aufl., 1912. Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben von Conrad, Elster, Lexis und E. Loening, 3. Aufl., 1909—1911. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, herausgegeben von Max Huber, Jellinek†, Laband und Piloty; erscheint seit 1907. Jahrbuch des Verwaltungsrechts, bearbeitet und herausgegeben von Stier-Somlo, seit 1906.

[37] Es soll nicht verkannt werden, daß die Weitschweifigkeit und die Kurzlebigkeit der Verwaltungsgesetze, die kaum entstanden wieder revidiert werden, mit die Schuld daran trägt. Je einfacher und kürzer ein Gesetz, desto dauerhafter sein Bestand und um so ruhiger und organischer die Entwicklung von Praxis und Wissenschaft.

[38] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., 1895/96 (in Bindings Systematischem Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Sechste Abteilung, Bd. 1 u. 2). In der Bibliothèque internationale de Droit

Das Verwaltungsrecht stellt einen Zweig des Staatsrechtes im weitern Sinne dar.[39] Eine gesonderte Behandlung dieser Disziplin ist nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt und geboten, daß dabei der Versuch unternommen wird, die verwickelten und vielgestaltigen Beziehungen zwischen dem verwaltenden Staat (und der ihm eingegliederten öffentlichrechtlichen Verbände) und dem Untertan auf einfache juristische Grundformen zurückzuführen. Durch die Auffindung dieser Rechtsgedanken wird jene große Vereinfachung erzielt, die den Richter und den Verwaltungsbeamten in den Stand setzt, auch wenn das Gesetz schweigt, jedem neu auftauchenden Rechtsverhältnis gerecht zu werden.

§ 4. Verwaltungsrecht.[1]

I. Es ist der Beruf der Rechtsordnung, Befugnisse und Pflichten verschiedener Rechtssubjekte gegeneinander abzugrenzen. Dem Verwaltungsrechte kommt es somit zu, die rechtlichen Beziehungen zu regeln, die zwischen dem verwaltenden

---

public, herausgegeben von Boucard & Jèze ist eine französische, von Otto Mayer selbst besorgte Übersetzung seines Werkes erschienen: Otto Mayer. Le Droit administratif allemand; avec une préface de H. Berthélemy, 4 vol., Paris 1903—1906. — Vor Otto Mayer haben schon zwei Werke, in beschränkterem Umfange, die rein juristische Methode zur Anwendung gebracht: F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, 1862. O. v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880. S. ferner Karl Goez, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, 1902. Karl Kormann, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts (Annalen des Deutschen Reichs, Jahrgang 1911 u. 1912, Bd. 44 u. 45). Im Anschluß an Kormann sind geschrieben die Aufsätze von W. Merk, Streifzüge durch den allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts (Zschft. f, Badische Verwaltung, Verwaltungsrechtspflege 1912, S. 211, 223). — Das Meisterwerk der deutschen staatsrechtlichen Literatur, Labands Staatsrecht des Deutschen Reiches (1. Aufl. 1876, 5. Aufl. 1911ff.), hat selbstverständlich auch der Verwaltungsrechtswissenschaft die fruchtbarsten Anregungen gegeben.

[39] Über das wissenschaftliche Verhältnis von Staatsrecht und Verwaltungsrecht: L. Spiegel, Die Verwaltungsrechtswissenschaft, 1909, S. 33 ff.

[1] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I § 2. Laband, Staatsrecht, II[5] 176ff., 185 und Archiv für öffentliches Recht, II S. 150ff. Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, I § 8. Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, I S. 60ff. Jellinek, System

Staat (oder einer anderen mit der Führung öffentlicher Verwaltung betrauten öffentlichrechtlichen Korporation) und ihren Untertanen (Einzelpersonen, wie Verbänden) entstehen.

Wir haben dargelegt, aus welchen historischen Gründen es in Deutschland nicht zur Ausbildung eines geschlossenen Systems des Verwaltungsrechtes gekommen ist. Die Normen, nach denen die öffentliche Verwaltung lebt, gehören zu einem Teil dem Privatrechte, zum andern dem öffentlichen Rechte an.

1. Für die Besorgung einer großen Zahl ihrer Geschäfte bedient sich die öffentliche Verwaltung derselben zivilrechtlichen Mittel, die das Bürgerliche Gesetzbuch dem Privatmanne zur Verfügung gestellt hat. Sie kann sich die für ihre Zwecke erforderlichen Objekte, Arbeitskräfte und finanziellen Mittel durch den Abschluß von zivilrechtlichen Kauf-, Miet-, Dienst- und Darlehnsverträgen verschaffen.[2] Hier handelt sie als gewöhnliches Privatrechtssubjekt. Der verwaltende Staat verkehrt auf diesem Boden mit seinen Bürgern wie mit Gleichberechtigten. Er unterwirft sich dem Zivilrecht und dem Zivilgericht. Das schließt jedoch nicht aus, daß der Gesetzgeber in vereinzelten Fällen den besonderen Bedürfnissen der öffentlichen Verwaltung im Rahmen des Privat-, Prozeß- und Straf-

---

der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 54ff. Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht, 1900. § 3. Halbey, Über Begriff und Wesen des öffentlichen Rechts (Verwaltungsarchiv IV 129). Jakob Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Zürcher Doktordissertation, 1904. Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts[4]. § 5. Kormann, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts (Annalen des Deutschen Reichs 1911 S. 850ff.; 1912, S. 36ff., 195ff.).

[2] Im Gegensatze dazu behandelt das französische Verwaltungsrecht eine Reihe von Verträgen, die zu Gunsten eines öffentlichen Verwaltungszweiges abgeschlossen werden (insbesondere die „marchés de travaux publics") als öffentlichrechtliche Akte (contrats administratifs) und läßt demgemäß Streitigkeiten, die daraus zwischen Verwaltung und Privatmann entstehen, durch Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte beurteilen. E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 2 éd. I, p. 597. Fuzier-Herman, Répertoire général alphabétique du Droit français, t. XXVII, p. 222, v. „marchés administratifs". Aucoc Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3 éd. (1885/86), II p. 304. Jèze, im Jahrbuch des öffentlichen Rechts V (1911) S. 634.

rechts selbst durch die Aufstellung von Spezialvorschriften Rechnung trägt.[3] Ist vom Staat „als Fiskus", im Gegensatz zum Staat als Obrigkeit, die Rede, so wird damit der Staat als Subjekt privater Rechtsverhältnisse bezeichnet,[4] während unter „Fiskus" schlechthin der Staat allgemein als Inhaber von privaten oder öffentlichen Vermögensrechten („Steuerfiskus" usf.) erscheint. Die Einheitlichkeit der Staatspersönlichkeit wird dadurch nicht aufgehoben, selbst nicht durch eine Zerlegung des Fiskus in verschiedene „stationes fisci". Denn diese bilden lediglich Abteilungen (Kassen) der einen staatlichen Vermögensverwaltung keine selbständigen Rechtssubjekte.[5]

So oft dagegen der Staat Verwaltungsgeschäfte obrigkeitlich, als hoheitliche, herrschaftliche Macht besorgt, ist das Privatrecht unanwendbar. Dann liegt ein Verhältnis zwischen ungleichartigen Rechtssubjekten vor, das eines besonderen Rechts, des öffentlichen Rechts, bedarf.[6] Dessen sichtbarste Merk-

---

[3] Beispiel: Nach § 90 der Reichsgrundbuchordnung v. 24. März 1897 kann in jedem deutschen Gliedstaat durch landesherrliche Verordnung der Fiscus für seine Grundstücke vom Grundbuchzwang befreit werden. Über Privilegia fisci: Thelemann, im Preuß. Verw. Bl. XXXIV, 383. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I[9] S. 221—222. — Ebenso kann der Staat die Nichterfüllung privatrechtlicher Verpflichtungen gegenüber der öffentlichen Verwaltung unter Strafe stellen. So droht das RStGB. § 329 Gefängnisstrafe an gegen den, der die mit einer Behörde geschlossenen Lieferungsverträge über Bedürfnisse des Heeres oder der Marine zur Zeit eines Krieges oder über Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Notstandes nicht erfüllt.

[4] In diesem Sinn spricht das BGB. vom „Fiscus"; besonders deutlich: BGB. § 89. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts I[9] S. 220ff. Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiscus im BGB. (Verwaltungsarchiv VII, S. 424). Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 60.

[5] Gierke, Deutsches Privatrecht, I § 61. Laband, Staatsrecht, IV[4] S. 332ff. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I[9] S. 221. Richter, Der Reichsfiscus, 1908 (Abhandlungen aus dem Staats- und Völkerrecht, herausgegeben von Zorn und Stier-Somlo, IV 3). v. Seydel-Grassmann, Bayer. Verwaltungsrecht 1913, S. 1. „Postfiscus", „Marinefiscus", „Stromfiscus" sind mißbräuchliche Redewendungen; sie bezeichnen stationes fisci. Rintelen, Art. „Fiskus", im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl., IV, S. 327. Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts I[2] S. 803, Art. „Fiskus" (Hatschek).

[6] Die verschiedenen Ansichten über die Grenzziehung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht sind sehr gut zusammengestellt

male bilden der einseitige Befehl und die hinter diesem stehende Zwangsgewalt. Man denke an die Art der Steuererhebung, der militärischen Aushebung, der Handhabung der Polizeigewalt u. a. m. Das öffentliche Recht stellt somit die Summe aller Rechtsvorschriften für die Regelung der herrschaftlichen Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Untertan dar.[7] Es setzt ungleichartige Parteien voraus. Eine Ausnahme findet sich bei den sog. öffentlichrechtlichen Gesamtverhältnissen.[8] Eine öffentliche Leistungspflicht (Wegeunterhaltung, Errichtung einer Schule usf.) kann einer Mehrheit von (physischen oder juristischen) Personen auferlegt sein, in der Weise, daß die Leistung von ihnen gemeinsam zu erfüllen ist (vgl. unten § 25). Dadurch entsteht ein Rechtsverhältnis auch unter den Mitverpflichteten. Da jede Teilpflicht ein Stück der gemeinsamen öffentlichrechtlichen Pflicht bildet, so bleiben auch die Beziehungen zwischen den Mitverpflichteten dem öffentlichen Rechte unterstellt.[9]

Die Abgrenzung des öffentlichen Rechts gegenüber dem Zivilrecht bereitet Schwierigkeiten. Im Laufe der historischen Entwicklung haben sich in Deutschland die Anschauungen über die Natur zahlreicher Rechtsverhältnisse gewandelt. Da jedoch dieser Umbildungsprozeß in den verschiedenen Staaten nicht in einem einheitlichen Tempo vor sich gegangen ist, so ist möglich geworden, daß in der Gegenwart ein und dasselbe Rechtsverhältnis in dem einen Staat noch vom Privatrecht beherrscht wird, während sich in dem andern Staat eine öffentlichrechtliche Auffassung Bahn gebrochen hat.[10] Bei der Entscheidung darüber,

---

bei F. Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht. 1900. § 3; Holliger, Kriterium d. Gegensatzes zwischen Privatrecht u. öffentl. Recht S. 11fg. — Vom Standpunkt der Rechtsphilosophie u. der „Rechtslogik" aus wird die Annahme eines besonderen öffentlichen Rechts verworfen von Franz Weyr, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems (Archiv f. öff. R. XXIII 529) und neuerdings von Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (ebendaselbst XXXI 53, 190).

[7] Laband, Staatsrecht, III[4] S. 358. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I § 11.

[8] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. I S. 107

[9] Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 161, 235.

[10] Man denke z. B. an die Rückerstattung unrechtmäßig erhobener Steuern. Das EG. zum BGB. Art. 104 hat die Materie dem Landesrecht

ob ein Rechtsverhältnis dem Privatrechte oder dem öffentlichen Rechte untersteht, ist von folgenden Grundsätzen auszugehen.

Vor allem ist der Text der Gesetze zu Rate zu ziehen. Sobald das Gesetz selbst ein Rechtsverhältnis zu einem öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen gestempelt hat, ist die Streitfrage entschieden. Im Deutschen Reich ist hierfür in erster Linie maßgebend das Reichsrecht. Dieses hat für ganze Verwaltungsteile (Gewerberecht, Arbeiterversicherungsrecht usw.) besondere Normen öffentlichrechtlicher Natur ausgebildet. Andrerseits hat es die im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Beziehungen als privatrechtliche Verhältnisse charakterisiert.[11] Derselbe Vorgang wiederholt sich im Landesrecht. Es sei insbesondere daran erinnert, daß das Bürgerliche Gesetzbuch zahlreiche Materien, — insbesondere solche, bei denen die Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Rechte flüssig sind — dem Landesrecht vorbehalten (EG. zum BGB. Art. 56—152) und diesem damit freie Hand gelassen hat, sie nach seinem Belieben öffentlichrechtlich oder privatrechtlich auszugestalten.

Dieser Rahmen bleibt jedoch häufig unausgefüllt, entweder weil die vorhandenen Vorschriften eine ausdrückliche Verweisung eines Rechtsverhältnisses in das eine oder andere Rechtsgebiet

---

überlassen. Für den einen Landesgesetzgeber kann nun die Erwägung maßgebend sein, die Klage auf Rückerstattung zu viel bezahlter Steuern ziele darauf ab, den Umfang der Steuerpflicht feststellen zu lassen; die Rückerstattung sei selbstverständliche Folge, sobald ausgesprochen werde, in concreto habe eine Steuerpflicht in dem vom Staate behaupteten Umfange nicht bestanden. Behandelt der Gesetzgeber das Verhältnis unter diesem, m. E. richtigen, Gesichtspunkt, so gehört es dem öffentlichen (Steuer-) Recht an. — Geht man dagegen von der Annahme aus, der zu viel bezahlte Betrag sei kein Steuergeld, weil keine Steuerpflicht bestanden habe, so erscheint die Rückforderung als eine zivilrechtliche condictio indebiti. Das Bedenken nach dem Umfang der Steuerpflicht wird in diesem Fall lediglich als eine öffentlichrechtliche Vorfrage aufgefaßt, über die der für die Hauptsache zuständige Zivilrichter nach bekannten Grundsätzen (oben S. 20) erkennen darf.

[11] Z. B.: Die Schadenersatzpflicht des Beamten bei Verletzung seiner Dienstpflicht (BGB. § 839). Ferner: Die Hypothek zur Sicherung einer öffentlichrechtlichen Forderung kann nur als zivilrechtliche Sicherungshypothek eingetragen werden. (EG. zum BGB. Art. 91) u. a. m. Vgl. dazu Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts I § 7.

nicht enthalten,[12] oder weil gesetzliche Bestimmungen für ein Rechtsverhältnis überhaupt fehlen.[13] Dann entsteht zwischen den durch feste juristische Grenzpfähle abgesteckten Gebieten ein Bereich, in dem Privatrecht und öffentliches Recht um die Herrschaft kämpfen. In solchen Fällen hat die Wissenschaft das Schiedsrichteramt zu übernehmen und mit ihren Mitteln zu ergründen, ob ein umstrittenes Rechtsverhältnis dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört.

Man hat versucht, für dieses judicium finium regundorum eine feste Formel zu gewinnen. Unter dem Einfluß privatrechtlicher Anschauungen hat eine in Doktrin und Praxis weit verbreitete Meinung bis in die Gegenwart hinein den Satz verfochten, gewisse juristische Merkmale eines Rechtsverhältnisses wiesen ohne weiteres auf dessen privatrechtliche Natur hin. Dem Privatrecht unterständen 1. alle Rechtsverhältnisse vermögensrechtlichen Inhalts, ferner 2. alle durch „Privatrechtstitel" (Vertrag, Condictio, negotiorum gestio usf.) begründeten Rechtsverhältnisse und endlich 3. die Rechtsverhältnisse, für deren Beurteilung die Zivilgerichte zuständig seien. Allein diese Theorie ist abzulehnen. Unwesentlich für die Natur eines Rechtsverhältnisses ist der Vermögenswert: denn, wie die auf die Steuergesetze oder die Arbeiterversicherungsgesetze gegründeten finanziellen Ansprüche und Pflichten zeigen, deckt sich das Privatrecht nicht mit dem Vermögensrecht. Unwesentlich ist ferner der Rechtstitel: denn, wie noch näher zu begründen sein wird, sind Vertrag, Condictio usf. Formen, die in allen Teilen des Rechtssystems ihre Verwendung finden; sie sind nicht auf das Privatrecht beschränkt.[14] Unwesentlich ist endlich die Zuweisung einer Streitsache an die Zivilgerichte: denn den Zivilgerichten kann Gerichtsbarkeit auch

---

[12] Beispiel: Das Gesetz beschränkt sich auf die Vorschrift: irrtümlich zu viel bezahlte Steuern können binnen 5 Jahren zurückgefordert werden.

[13] Beispiel: Eine Ortsstraße wird verlegt; den Straßenanliegern erwächst ein Vermögensschaden, — oder zwischen Expropriant und Expropriat wird nach Einleitung des Expropriationsverfahrens ein Vertrag abgeschlossen, der die abzutretenden Parzellen und die dafür zu entrichtenden Entschädigungssummen bestimmt. Für beide Fälle fehlen in dem betreffenden Staate gesetzliche Bestimmungen.

[14] Tezner, Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht (Archiv für öffentl. Recht, IX 325ff., 489ff.).

in Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes zustehen (oben S. 15). Auf diese äußerlichen Merkmale kommt es nicht an. Entscheidend ist einzig die innere Natur des Rechtsverhältnisses. Diese aber bestimmt sich allein darnach, ob in dem konkreten Rechtsverhältnis zwischen Bürger und öffentlicher Verwaltung der Staat (die Gemeinde) als Träger obrigkeitlicher Macht erscheint, m. a. W. ob er darin dem Untertan als eine potentior persona gegenübertritt, oder ob er in Rechten und Pflichten dem Bürger wie ein gleichgeordneter Privatmann gegenübersteht (z. B. bei der Instandhaltung öffentlicher Gebäude, Straßen usf.). Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Staat nicht bloß bei Ausübung der Befehls- und Zwangsgewalt (Finanzgewalt, Polizeigewalt, Militärhoheit usf.) obrigkeitlich, herrschaftlich handelt, sondern auch in den Fällen, in denen er kraft gesetzlicher Anordnung dem Untertan Schutz und Fürsorge angedeihen läßt (freiwillige Gerichtsbarkeit, Vormundschaft, Armenpflege u. a. m.).[15] Hier zeigen sich die Kennzeichen „hoheitlichen" Handelns in der Einseitigkeit und der gesteigerten Glaubwürdigkeit der Rechtsakte und ferner darin, daß zu deren Durchführung als ultima ratio der staatliche Zwang bereit steht. Es ist darum genau zu prüfen, wie sich ein Rechtsverhältnis geschichtlich entwickelt hat und ob es sich organisch einem Institute des Privatrechts oder des öffentlichen Rechtes einfügt oder angliedert. Dies ist namentlich auch festzuhalten in den Fällen, in denen aus einem öffentlichrechtlichen Verhältnis vermögensrechtliche Ansprüche Privater entspringen. Es sei z. B. hingewiesen auf den Gehaltsanspruch des Beamten oder auf die Entschädigungsforderung des Expropriaten. Eine verbreitete Theorie erblickt darin rein privatrechtliche Ansprüche, weil diese im individuellen Interesse, d. h. im Interesse bestimmter Privatpersonen begründet worden seien. Allein die „Interessentheorie" löst die Frage nicht; sie bietet keine feste juristische Grundlage. Entscheidend ist allein, durch welche juristischen Mittel der Staat seine Aufgaben erfüllt. Wenn er die Zwecke einer öffentlichen Einrichtung

---

[15] v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I S. 624ff. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 797. Reger-Dyroff, Bayrisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 4. Aufl., 1908, S. 181. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 55, S. 365; Bd. 56, S. 88.

(Beamtenverhältnis, Enteignung um des öffentlichen Wohles willen, Arbeiterversicherung usf.) durch Verwendung staatlicher Herrschaft (imperium) zu erreichen unternimmt, so bleibt auch der aus einem solchen Rechtsverhältnisse entspringende Anspruch des Privaten gegen den Staat dem öffentlichen Rechte unterworfen.

Ob ein bestimmtes Rechtsverhältnis der Herrschaft des öffentlichen Rechtes untersteht, ist ausschließlich an Hand der geltenden Rechtsnormen zu bestimmen — unbekümmert darum, ob das Recht, unter dem es entstanden ist, von der heutigen Rechtsauffassung abweicht.[16] Der Lebende hat Recht. Daraus folgt, daß die im Polizeistaat auf Grund der Guts- oder Grundherrlichkeit, der Regalität usf. als Privatrechte begründeten individuellen Befugnisse auf Ausübung eines Gewerbebetriebes, auf Wassernutzung, auf einen Kirchenstuhl u. dgl.[17] heute als private Rechtsame nur insofern anerkannt bleiben, als ihnen das neue Gesetz das Leben gefristet hat.[18] Ist dies nicht geschehen,

[16] Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung, 10. Aufl., I S. 7, Anm. 54 und die dort zitierten Autoren.

[17] Andreas Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I S. 336ff., 363. Gierke, Deutsches Privatrecht, II S. 15, 84, 400, 620. R. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts[2], 1913, S. 241fg. Schmid, Über dingliche Gewerberechte (Archiv für zivilistische Praxis Bd. 44).

[18] Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 192. Beispiele: 1. Das sog. radizierte Realgewerberecht d. h. das mit einem Gebäude (als Bestandteil im Sinne des § 96 BGB.) verbundene Recht zum Betriebe der Schankwirtschaft (dingliches Wirtschaftsrecht) oder zum Betrieb einer Apotheke (Apothekenprivileg) oder zum Betriebe des Abdeckergewerbes. Die Fortexistenz bestehender Realgewerberechte anerkennt die RGewO., § 10, Abs. 2: „Realgewerbeberechtigungen dürfen fortan nicht mehr begründet werden." Vgl. ferner § 48 leg. cit. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung[6], I 1911, S. 119. W. Brandseph, Die Realgewerberechte in Württemberg, Heidelberger Dissertation 1911. Von den 290 Apotheken Württembergs werden 197 auf Grund von realen „Apothekenprivilegien" betrieben. Der württembergische Kompetenzgerichtshof erblickt, jedoch zu Unrecht, in derartigen Rechtsamen öffentliche Rechtsverhältnisse; Urteil v. 26. Februar 1913 (DJZ. XVIII, 815). Vgl. auch Lewinsky, Die verkäufliche Apothekenkonzession nach preuß. Recht, 1912. Apothekengerechtigkeit als Zubehör eines Grundstückes: Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts 57, S. 122. Über das Abdeckerprivileg (Anstalten zum Töten der Tiere und zur Beseitigung und Verwertung der Tierleichen):

so bestehen sie als öffentliche Rechtsverhältnisse, aber mit unverändertem Inhalt weiter, falls dieser mit dem neuen Gesetze vereinbar ist. Widerspricht aber eine alte Rechtsame dem neuen öffentlichen Recht, so ist sie — eventuell gegen Entschädigung — aufgehoben.[19]

2. Wenn in dem soeben dargestellten judicium finium regundorum ein Rechtsverhältnis dem Privatrecht zugeschieden worden ist, so bereitet die Findung der maßgebenden Rechtsvorschriften in der Regel keine Schwierigkeiten. Denn das Zivilrecht hat im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich und den ergänzenden Reichs- und Landesgesetzen die eingehendste Ausgestaltung erfahren. Der Richter, der ein Rechtsverhältnis als ein privatrechtliches charakterisiert, befindet sich somit in der günstigen Lage, ein ihm vertrautes Recht anwenden zu können.

Erscheint dagegen ein Rechtsverhältnis als eine Beziehung öffentlichrechtlicher Natur, so wird die Auffindung der anzuwendenden Rechtssätze schwierig, wenn eine Spezialvorschrift

---

Melken, Art. „Abdeckerei" im WB. d. VerwR. I², S. 2. Über die alten Realrechte in der Schweiz („Ehehafte"): Eugen Huber, Schweiz. Privatrecht, IV S. 686. — 2. Schiffsmühlen-, Fischerei-, Fuhr- und Flößereigerechtigkeiten. Gierke, Deutsches Privatrecht, II S. 621. Vgl. z. B. Bayerisches Wassergesetz vom 23. März 1907, Art. 207. Preußisches Wassergesetz v. 7. April 1913 §§ 379, 382.

[19] Den ersten Weg hat das Württembergische Wassergesetz vom 1. Dez. 1900, Art. 1, Abs. 3 gewählt: „Wohlerworbene Rechte Einzelner an diesen Gewässern, mögen sie auf dem öffentlichen oder auf dem Privatrecht beruhen, bleiben ... als dem öffentlichen Rechte angehörende Nutzungsrechte im Sinne dieses Gesetzes mit unverändertem Inhalt bestehen. Ihre Ausübung unterliegt den Vorschriften dieses Gesetzes." Übereinstimmend das Badische Wassergesetz (Fassung v. 12. April 1913) § 113. Der zweite Weg (Ablösung) ist in der Reichsgewerbeordnung § 8 vorgesehen: die alten gewerberechtlichen Zwangs- und Bannrechte unterliegen der Ablösung gegen Schadenersatz, soweit das Gesetz sie nicht entschädigungslos aufgehoben hat. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung, I S. 114. Über die (von einzelnen kantonalen Gesetzen verfügte) Ablösung der alten dinglichen Wirtschaftsrechte in der Schweiz: Schollenberger, Art. „Ehehaften", in Reichesbergs Handwörterbuch der Schweiz. Volkswirtschaft, I (1903) S 836; ferner die in der Zeitschrift für Schweiz. Recht, neue Folge, II S. 382, Nr. 51a—51d verzeichneten Rechtsgutachten. Curti, Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts in abgekürzter Fassung, I Nr. 1522, 1529, 1556; II Nr. 3222—3224.

für dieses Rechtsverhältnis fehlt.[20] Hier zeigt sich die formale Unvollkommenheit des öffentlichen Rechts gegenüber dem Zivilrecht. Es gibt in keinem deutschen Staate eine umfassende Kodifikation des für die Verwaltung geltenden öffentlichen Rechts. Die Normen sind in Einzelgesetzen zerstreut, die sich rein äußerlich an die verschiedenen Verwaltungszweige anschließen und in denen zudem nicht selten das juristisch Wesentliche von einer üppigen Reglementierung verwaltungstechnischer Einzelheiten überwuchert wird. Der Verwaltungsgesetzgebung fehlt der Allgemeine Teil, welcher durchgreifende, das ganze Verwaltungsrecht beherrschende Rechtsgrundsätze aufstellte. Sind daher Rechtsvorschriften für ein konkretes Verhältnis öffentlichrechtlicher Natur weder in der Gesetzgebung, noch im Gewohnheitsrecht vorhanden, so müssen sie von der Wissenschaft zu Tage gefördert werden.

In einem solchen Fall ist zunächst zu ermitteln, ob das Rechtsverhältnis nicht einem Rechtsinstitute angehört, das auf einer früheren Stufe der Rechtsentwicklung dem Privatrecht zugezählt wurde, aber nach der Anschauung der Gegenwart dem öffentlichen Rechte angehört. Trifft dies zu, so besteht entweder die Möglichkeit, daß das alte Gesetz auch auf dem neuen Rechtsboden inhaltlich weiter gilt, aber in öffentlichrechtlicher Umprägung,[21] oder daß auf dem neuen Rechtsboden eine Gewohnheit

[20] Anders, wenn durch die öffentlichrechtliche Charakterisierung das Rechtsverhältnis einem bereits bekannten, rechtlich geordneten Institute zugewiesen wird. Beispiel: Eine Gemeinde kauft eine private Wasserversorgungsanlage. Sie gestaltet sie im Laufe der Jahre zu einer öffentlichrechtlichen Anstalt, zu einem Bestandteil ihres Verwaltungsapparats aus (vgl. unten § 18). Demgemäß muß nunmehr der früher privatrechtliche Entgelt für die Benutzung der Anstalt als Gebühr behandelt werden. Damit finden darauf ohne weiteres die Vorschriften über die öffentlichen Abgaben Anwendung.

[21] Der Bayr. Verwaltungsgerichtshof hat in zwei Urteilen (vom 31. Okt. 1902 und 15. Nov. 1905) ausgesprochen, daß, entgegen der früheren Praxis heute die Normen über die Kirchenbaulast dem öffentlichen Rechte zuzuzählen sind und daß daher Streitigkeiten über Leistungen für den Kirchenbau vor die Verwaltungsgerichte gehören. In dem Gebiete Bayerns, in dem vor dem 1. Januar 1900 das Allg. Preuß. Landrecht gegolten hat, sind daher gemäß EG zum BGB., Art. 132, die alten preußischen Vorschriften über die kirchliche Baulast (APLR., II, 11, §§ 699 ff.) in Geltung geblieben. Sammlung von Entscheidungen des Bayr. Verw.-Ger.H. XXIV S. 225; XXVII S. 29.

den Inhalt des aufgehobenen Zivilrechtssatzes festgehalten und zu einem Gewohnheitsrechtssatz öffentlichen Rechtes umgebildet hat. So steht — um nur ein Beispiel anzuführen — dem Beamten wegen der vom Gesetzgeber während seiner Amtsdauer verfügten Gehaltsverkürzung ein im öffentlichen Rechte begründeter Schadenersatzanspruch zu kraft eines Satzes, der aus der Periode stammt, in der das Beamtenverhältnis unter den Normen des Dienstvertrages gestanden hat.[22] Man wende nicht ein, in solchen Fällen werde das fragliche Rechtsverhältnis lediglich mit einer neuen Etikette versehen, während im übrigen alles beim Alten bleibe. Die Versetzung in das öffentliche Recht wird in der Folge nach allen Seiten wirksam; sie erlangt Bedeutung für den Gerichtsstand, die Verjährung, die Exekution u. a. m.

Diese Erscheinungen sind jedoch singulärer Natur. In den meisten Fällen bleibt nichts übrig, als beim Schweigen des Gesetzes auf den Grundsatz zurückzugreifen, daß jedes Rechtssystem aus sich selbst zu ergänzen ist, und daß demgemäß eine vermeintliche Lücke im Systeme des öffentlichen Rechts durch Vorschriften auszufüllen ist, die dem Gedankenkreise des öffentlichen Rechtes entstammen. Um diese ungeschriebenen Sätze des öffentlichen Rechts zu ergründen, muß man sich daran erinnern, daß jedes Recht unausgesprochene Rechtsgedanken in sich birgt.[23] Sie treten zunächst nicht in das Bewußtsein des Gesetzgebers, weil sein Blick naturnotwendig nur auf das bereits Gewordene, nicht auch auf das Schlummernde, nur auf das praktisch unmittelbar Anwendbare, und nicht auch auf das abstrakt Mögliche

---

[22] Otto Mayer, II S. 229, 250. — Der im Texte entwickelte Satz ist insbesondere in der schweizerischen Rechtsprechung mehrfach zur Anwendung gekommen. Vgl. z. B. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, XVI (1890) S. 435ff. — Den Übergang von der privatrechtlichen zur öffentlich-rechtlichen Beurteilung des Beamtenverhältnisses bezeichnet die Schrift von Perthes, Über den Staatsdienst in Preußen, 1838.

[23] Ich teile vollkommen die Ansicht, die Hellwig, Deutsches Zivilprozeßrecht, II S. 163ff. in ausgezeichneter Erörterung entwickelt hat. Was Hellwig für das Privatrecht und das Prozeßrecht ausführt, gilt auch für das Verwaltungsrecht. Die verschiedenen Methoden der Rechtsgewinnung erörtert Ph. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912 S. 7—12. S. ferner E. J. Bekker, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung 1910, S. 174ff., 194ff.

gerichtet ist. Ein neuer Rechtssatz, der uns im Gesetze oder dem Gewohnheitsrechte entgegentritt, bringt deshalb regelmäßig nur die eine — unmittelbar verwertbare — Seite eines hinter ihm stehenden allgemeinen Rechtsgedankens zum Ausdruck. Wenn aber das nie rastende Getriebe des Lebens neue Gestaltungen gebiert, die rechtlicher Regelung harren, so sieht sich die Wissenschaft vor die Aufgabe gestellt, aus den geltenden Rechtsvorschriften das Zufällige, durch wechselnde Tatumstände Bedingte auszuscheiden, um so den allgemeinen Rechtsgedanken herauszuschälen, der jedem neuen Lebensverhältnisse sein Recht weist. Um dies Ziel zu erreichen, ist in jedem neuen Fall zunächst durch eine richtige Fragestellung festzustellen, in welchen juristischen Zusammenhang das betreffende Rechtsverhältnis hineingehört. Wenn z. B. der Eigentümer eines Gartens durch verirrte Kugeln, die von einem neu errichteten Militärschießplatz aus auf sein Grundstück hinüberfliegen, in seiner Sicherheit bedroht wird, so ist die Rechtsfrage dahin zu fassen:[24] kann sich der Eigentümer durch eine privatrechtliche Klage (actio negatoria) gegen die rechtmäßige Ausübung eines militärischen Hoheitsrechtes wehren? Wenn nicht, kann er sich auf einen Satz des öffentlichen Rechtes berufen, der dem durch rechtmäßige Ausübung der öffentlichen Gewalt geschädigten Privaten Schadenersatz zuspricht? Ist in dieser Weise dem Rechtsverhältnis seine Stelle neben bekannten, juristisch gleichartigen Beziehungen zugewiesen, so gilt es nunmehr, die maßgebenden Normen zu finden. Die Untersuchung hat daher zu ergründen, ob aus den für die bereits bekannten Erscheinungen geltenden Spezialbestimmungen ein Obersatz abzuleiten ist, unter den auch das neue Verhältnis fällt. In dem erwähnten Beispiel wird somit zu erforschen sein, ob in den Normen, in denen der rechtmäßig handelnde Staat dem Privaten für Eingriffe in sein Vermögen Ersatz gewährt (Expropriation usw.), ein allgemeiner Rechtsgrundsatz in die Erscheinung tritt, oder ob umgekehrt die Schadenersatzpflicht nur besteht, weil das Gesetz sie ausdrücklich vorgesehen hat; ebenso ist bei der Beurteilung der ersten Frage (Einstellung der Schießübungen) zu er-

[24] Vgl. Fleiner, Verwaltungsrechtsfälle, Nr. 1. Otto Mayer, II S. 180. Anschütz, im Verwaltungsarchiv, V S. 95.

gründen, ob der einzelne Bürger mit privatrechtlichen Schutzmitteln den Staat an der Betätigung seiner Hoheitsrechte zu hindern vermag.[25]

Bei diesem Zurückgehen auf die letzten Gründe der Rechtssätze und dem zu-Ende-Denken bestimmter Rechtsgedanken erweist es sich, daß eine Reihe von Rechtsinstituten und rechtlichen Formen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht gemeinsam sind.[26] Dies trifft namentlich zu für die Verjährung, ferner für die zur Begründung subjektiver Rechte geeigneten Rechtstitel: Vertrag, negotiorum gestio, condictio usw.[26a] Es ist richtig, daß diese Formen zunächst auf dem Boden des Privatrechts ihre Verwendung und Ausbildung gefunden haben. Allein daraus darf nicht auf eine ihnen innewohnende privatrechtliche Natur geschlossen werden. Wie der der Verjährung zugrunde liegende Gedanke in allen Rechtsteilen wirksam ist,[27] so dienen die erwähnten Rechtstitel dazu, subjektive Rechte überhaupt zu begründen. Mit der Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte sind deshalb auch diese Formen im Gebiete des öffentlichen Rechts verwendbar geworden.

---

[25] Über die Beantwortung der ersten Frage (Schadenersatzpflicht) vgl. unten § 17; über die zweite Frage (Actio negatoria) vgl. unten § 18.

[26] Vgl. darüber die eingehenden Erörterungen bei Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 118—164. Dronke, Die Anwendung des BGB. auf öffentlichrechtliche Verhältnisse (Zft. f. Zollverwaltung u. Reichsteuern XI, 165; s. a. Jbch. d. VerwR. VII, 1). Daher ist der Gesetzgeber nicht selten in der Lage, den Inhalt ganzer Büschel von privatrechtlichen Bestimmungen für das öffentliche Recht als anwendbar zu erklären und die betreffenden Normen dadurch zu öffentlichrechtlichen zu stempeln. So haben die Ausführungsgesetze zahlreicher Einzelstaaten den Verjährungsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs unmittelbare Anwendbarkeit auch für die Verjährung öffentlichrechtlicher Forderungen zugeschrieben. Vergl. z. B. Württemb. Ausf.G. zum BGB. Art. 141. In gleicher Weise haben die meisten Landesgesetze die Grundsätze des BGB. über die Condictio indebiti auf die Rückforderung öffentlichrechtlicher Abgaben erstreckt. Vgl. die Zusammenstellung bei A. Niedner, Einführungsgesetz zum BGB., Bemerkungen zu Art. 104.

[26a] Über den Auftrag im öffentlichen Recht: A. Affolter, Das Mandat im öffentlichen Rechte (Archiv d. öff. R. XXX 538).

[27] Kormann, Die öffentlichrechtliche Verjährung und Verschweigung in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts (Preuß. Verw.-Blatt XXXIII S. 644) und Annalen des Deutschen Reichs 1912 S. 120ff. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 78, S. 202.

Mit den vorstehenden Bemerkungen sind jedoch lediglich Richtlinien gezeichnet. Die juristisch bedeutungsvollen Momente in den Vorgängen der Außenwelt richtig zu erkennen und die zutreffenden Rechtsnormen für jedes Verhältnis zu finden und anzuwenden, das muß dem Wirklichkeitssinn und dem juristischen Takt des zur Beurteilung Berufenen überlassen bleiben.

3. Öffentliches Recht und Privatrecht sind durch keine Kluft getrennt. Im Rechtsleben durchdringen und ergänzen sie sich gegenseitig. So kann ein privatrechtliches Verhältnis Voraussetzung für ein öffentlichrechtliches sein und dadurch öffentlichrechtliche Wirkungen erzeugen, und umgekehrt.[28] Es sei ferner daran erinnert, daß es öffentlichrechtliche Pflichten gibt, die in privatrechtlichen Formen erfüllt werden müssen.[29] Ja, in ein und demselben Institut sind nicht selten öffentlich-

---

[28] Beispiele: a) Die Erbsteuer kann von A. nur erhoben werden, wenn A. gemäß den Vorschriften des BGB. Erbe ist. b) Ob der Hauseigentümer, der das Trottoir bei Winterglätte nicht gereinigt hat, dem verunglückten Passanten schadenersatzpflichtig ist, hängt davon ab, ob nach dem maßgebenden öffentlichen Recht eine Pflicht des Hauseigentümers zur Trottoirreinigung bestand. c) Ob die von einer privaten Versicherungsgesellschaft der Staatsbehörde geleistete Kaution (in Bargeld oder Wertpapieren) zur Konkursmasse dieser Gesellschaft gezogen werden darf, beurteilt sich darnach, ob und wieweit nach öffentlichem Recht eine Herausgabe der Kaution zulässig ist. Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts Bd. XXIX (1903) Teil 1, S. 500. Vgl. auch das Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 § 7 Abs. 2. Ferner betr. die „Theaterkaution": Hartmann, in der DJZ. XVII 482, XVIII 227; rein zivilistisch wird das Verhältnis aufgefaßt von Ludwig Geiger, Sicherheitsleistung der Theaterunternehmer (Blätter f. administrative Praxis Bd. 62, S. 20).

[29] Beispiele: a) Der Steuerpflicht kann nur durch Übereignung von Bargeld genügt werden. b) Amtskautionen der Beamten werden in der privatrechtlichen Form der Faustpfandbestellung, der Bürgschaft usf., Kautionen für Anliegerbeiträge in der privatrechtlichen Form der Sicherungshypothek bestellt. Vgl. über die Amtskautionen: EG. zum BGB., Art. 90. Planck, Kommentar zum BGB., 3. Aufl. VI S. 205. Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz, 1908, Bemerk. zu § 142. Über die Sicherheitsleistung für Anliegerbeiträge: EG. zum BGB., Art. 91. Planck, Kommentar zum BGB., VI S. 206. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 141. Kgl. Sächs. Ober-Verw.-Gericht 18. Januar 1905 (Jahrbücher der Kgl. Sächs. Ober-Verw.-Ger. VII S. 40).

rechtliche und privatrechtliche Elemente vermengt; so ist z. B. bei den Sachen im Gemeingebrauch zu unterscheiden zwischen dem privatrechtlichen Eigentum und der öffentlichrechtlichen Benutzung.[30] Dieses gegenseitige Durchdringen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts macht die Eigenart des deutschen Verwaltungsrechtes aus im Gegensatz zu dem nach einem einheitlichen Baustil aufgerichteten Verwaltungsrechtssystem Frankreichs.

4. Mit dem Ausdruck „Verwaltungsrecht" wird daher in Deutschland, im Gegensatz zu Frankreich, keine besondere Art von Recht bezeichnet. Im weitesten Sinne genommen umfaßt das „Verwaltungsrecht" alle Rechtsnormen, welche die Tätigkeit der staatlichen Verwaltungsbehörden regeln, gleichgültig, ob diese Vorschriften dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht angehören. Allein so weit faßt die Rechtswissenschaft den Begriff nicht. Sie geht vielmehr von der Erwägung aus, daß es in Deutschland zur Ausbildung besonderer Rechtssätze für die öffentliche Verwaltung im allgemeinen nur in den Fällen gekommen ist, in denen die allgemeinen Normen des Privat-, Straf- und Prozeßrechts nach ihrer ganzen Anlage die besonderen Interessen der öffentlichen Verwaltung nicht oder nicht ausreichend zu schützen vermögen. Auf Grund dieser Entwicklung dürfen heute in Deutschland zum Verwaltungsrecht im engeren Sinne nur die Vorschriften öffentlichrechtlicher Natur gezählt werden, die zusammen ein Sonderrecht der öffentlichen Verwaltung darstellen.[31] Verwaltungsrecht im Sinne der nachstehenden Erörterungen ist daher das auf die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung zugeschnittene öffentliche Recht.

Ein gemeines Verwaltungsrecht dieser Art gibt es in Deutschland nur, soweit das Reich solche Normen aufgestellt hat. Im übrigen aber beruht das öffentliche Recht auf der Landesgesetzgebung. Da jedoch in allen deutschen Territorien der Beamtenstaat der Gegenwart das Ergebnis einer im wesentlichen gleichförmigen Entwicklung ist, so gehen auch Verwaltungsgesetzgebung und Gewohnheitsrecht der verschiedenen Gliedstaaten von gleich-

[30] Vgl. darüber unten § 22.

[31] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I S. 18.

artigen Grundsätzen aus.[32] Aus diesem öffentlichen Recht, wie es in der Verwaltung des Reichs und der Gliedstaaten von Tag zu Tag betätigt wird, läßt sich daher ein Bestand einheitlicher Rechtsgedanken herausschälen. Diese zeigen die eigentümliche Richtung und Naturanlage des in der Verwaltung der deutschen Staaten lebendigen gemeinsamen Rechtsgeistes.[33] Diese Rechtsgedanken suchen wir zu ermitteln, nicht um ein für die Verwaltung maßgebendes „Naturrecht" zu konstruieren, sondern um die ursprünglichen rechtlichen Anschauungen kennen zu lernen, die das Rechtsleben der deutschen Völker speisen und die in Gesetzgebung und Gewohnheit feste Gestalt gewonnen haben. In diesem Sinne allein soll von einem „deutschen" Verwaltungsrecht die Rede sein.

II. Nicht alle für die Verwaltungsbehörden verbindlichen allgemeinen Vorschriften sind Rechtssätze.[34] Bei der Vollziehung der Gesetze zeigt sich sehr häufig die Notwendigkeit, die Tätigkeit der Einzelbehörden innerhalb des Rahmens des freien Ermessens einheitlich zu regeln.[35] Dies geschieht durch allgemeine Befehle, die die höheren und höchsten Verwaltungsbehörden vermöge ihrer Dienstgewalt an die unteren Organe richten. Man bezeichnet sie als „Verwaltungsverordnungen", „Reglements", „Dienstinstruktionen", „Dienstanweisungen", Dienstbefehle usw.[36] Sie ent-

---

[32] Laband, Staatsrecht, III[4] S. 358.

[33] Es verhält sich damit nicht anders, als mit dem „deutschen Privatrecht" vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. Man vergleiche darüber die ausgezeichneten Erörterungen bei Andreas Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I S. 13ff.

[34] Laband, Staatsrecht, II[5] S. 197ff. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., 1895, S. 27ff. Hänel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne (Studien zum Deutschen Staatsrecht, II, 1888) S. 201ff. Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 244ff. Hubrich, Das Reichsgericht und die Begriffe „Gesetz-" und „Verwaltungsvorschriften" (Verwaltungsarchiv, XIII S. 441) und die dort zitierte Literatur. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 570ff. v. Seydel, Bayer. Staatsrecht, II S. 327ff. Thoma, Polizeibefehl im Badischen Recht, I, 1906, S. 348.

[35] Vgl. zum folgenden Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 28.

[36] Die Unterscheidung von Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung ist heute fast allgemein anerkannt. S. die Literatur bei Laband, Staatsrecht, II[5] S. 87, Anm. 2. Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., S. 136.

halten entweder Vorschriften darüber, nach welchen technischen, politischen, wirtschaftlichen Grundsätzen die einzelnen Gesetzesbestimmungen zu vollziehen sind,[37] oder sie verteilen innerhalb der vom Gesetz abgegrenzten Kompetenzen die Geschäfte auf die verschiedenen gleichgeordneten Amtsstellen, oder sie ordnen Äußerlichkeiten des Geschäftsbetriebes (Formalien der Geschäftserledigung u. a. m.)[38] Die Verwaltungsverordnungen enthalten daher „verallgemeinerte Dienstbefehle".[39] Sie schreiben dem Beamten ein bestimmtes Verhalten vor. Aber dadurch wird für ihn eine Pflicht lediglich gegenüber dem amtlichen Vor-

---

[37] Beispiel: Nach der RGewerbeordnung, § 33, Abs. 2, Ziff. 2 ist die Erlaubnis zum Betriebe einer Schankwirtschaft zu versagen, wenn das Lokal den polizeilichen Anforderungen nicht genügt. Infolgedessen haben die Ministerialinstanzen verschiedener Staaten den Konzessionsbehörden allgemeine Anweisungen erteilt, welche Momente bei der Prüfung der Lokalfrage zu berücksichtigen sind. Landmann, Reichsgewerbeordnung I[6] S. 322. Vgl. ferner ein Urteil des Preuß. Ober-Verwaltungsgerichts vom 9. Januar 1903 (Entscheidungen Bd. 43, S. 300), worin die Bedeutung der für die Handhabung der Theaterzensur maßgebenden Instruktionen erwähnt wird. Die vom badischen Ministerium der Justiz, des Kultus und Unterrichts s. Zt. erlassenen „Vorschriften über die Ablieferung von Leichen an die anatomischen Anstalten" enthalten lediglich Dienstanweisungen an die Ortspolizeibehörden. Rechtsprechung des bad. Verwaltungsgerichtshofs, Bd. III (Behr) S. 177, Nr. 318. Vgl. über die Frage im allgemeinen Thoma, Polizeibefehl im bad. Recht I S. 350.

[38] Dagegen enthalten die Normen über die Organisation der Behörden Rechtssätze. Nicht darum — wie Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 238ff., annimmt —, weil die an die staatlichen Organe gerichteten Normen zugleich Normen für die hinter ihnen stehenden Menschen sind, denn das trifft in gleicher Weise bei reinen Verwaltungsverordnungen zu, sondern weil auch die organisatorischen Normen eine Abgrenzung von Willenssphären enthalten. Nicht nur den übrigen Staatsorganen, sondern auch dem Untertan gegenüber stellt die organisatorische Vorschrift fest, unter welchen Voraussetzungen ein bestimmter menschlicher Wille als Staatswille zu gelten hat. Vgl. auch Walz, Bad. Staatsrecht, 1909, S. 209—210. Hänel, Gesetz im formellen und materiellen Sinn, S. 222, 226, 232. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 118. Reine Organisationsverordnungen sind deshalb Rechtsverordnungen. Vgl. unten § 5. Anderer Ansicht z. B. Anschütz, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, II S. 604.

[39] Die Pflicht zur Befolgung dieser Befehle ergibt sich für den Beamten aus dem besonderen Abhängigkeitsverhältnis (Gewaltverhältnis), in das er durch die Anstellung eingetreten ist.

gesetzten begründet. Die Dienstinstruktion bleibt eine res interna der Verwaltung. Sie ist ausschließlich an die Adresse der Beamten gerichtet. Es tritt keine Bindung der Beamten gegenüber Personen außerhalb der Verwaltung ein, so stark auch die Dienstinstruktion auf das Leben des Bürgers zurückwirken mag. Zwischen dem Bürger und der Verwaltung wird kein Rechtsverhältnis begründet. Den Befehlen der Dienstinstruktion fehlt „die zweiseitig verbindende Kraft" der Rechtsnorm (Jhering). Sie sind Vorschriften ausschließlich für die Verwaltungsbehörden. Der herkömmliche Sprachgebrauch bezeichnet sie als Verwaltungsvorschriften im Gegensatz zu den Rechtsvorschriften.[40] Normen dieser Art brauchen nicht verkündigt zu werden wie Rechtssätze. Es genügt, wenn sie nur in beliebiger dienstlicher Form den Beamten, die sie angehen, zur Kenntnis gebracht werden. Denn Recht setzt Beziehungen zwischen zwei selbständigen Rechtssubjekten voraus. Der Beamte, der eine Dienstinstruktion empfängt, und der amtliche Vorgesetzte, demgegenüber — rein äußerlich betrachtet — die Dienstpflicht unmittelbar erfüllt wird, sind aber, soweit sie Amtsgeschäfte besorgen, nicht Rechtssubjekte, sondern Räder in dem großen staatlichen Behördenapparate. Die Dienstinstruktion grenzt daher nicht Rechtssphären ab, sondern sucht die Verwaltungsmaschine in gutem Gang zu erhalten.

Dieser Gegensatz tritt deutlich zu Tage in den Rechtsfolgen, die an die Verletzung der Verwaltungsvorschrift einerseits, der Rechtsvorschrift andererseits geknüpft sind. Verletzt der Beamte eine Dienstinstruktion (Verwaltungsvorschrift), so zieht das möglicherweise disziplinare Bestrafung nach sich. Die vorgesetzte Behörde hat von Amtes wegen einzuschreiten. Auch dem durch die Verletzung in Mitleidenschaft gezogenen Privaten steht es frei, sich bei der vorgesetzten Behörde des Beamten zu beschweren und diese dadurch zum Einschreiten zu veranlassen. Allein alle Rechtsmittel zur Abstellung von Rechtsverletzungen

---

[40] Gegen diese Unterscheidung: Arndt, Das Reichsgericht und die Begriffe „Gesetz-" und „Verwaltungsvorschriften" (Verwaltungsarchiv, XIII S. 207); Verfassung des Deutschen Reichs, 5. Aufl., 1913, S. 109. Julius Kahn, Die Abgrenzung des Gesetzgebungs- u. Verordnungsrechts nach deutschem Reichsstaatsrecht, 1912 (und dazu die Kritik Rosins im Verwaltungsarchiv XXI 347).

versagen.[41] Deshalb besitzt der geschädigte Bürger auch nicht die Möglichkeit, den Beamten vor dem Zivilrichter auf Schadenersatz zu belangen. Denn die Schadenersatzklage setzt voraus, daß der Beamte „die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht" verletzt hat (BGB. § 839).[42]

---

[41] Beispiele: a. Ein staatliches Verwaltungsgebäude wird errichtet. Der mit der Bauaufsicht betraute (preuß.) Staatsbeamte beachtet dabei die Normen der preuß. Dienstinstruktion für Baubeamte nicht und verschuldet dadurch eine erhebliche Kreditüberschreitung. Er wird auf Klage des Fiskus zum Schadenersatz verurteilt. Mit dem Rechtsmittel der Revision macht er geltend, die unteren Gerichtsinstanzen hätten die Dienstinstruktion nicht richtig ausgelegt. Die Revision wird vom Reichsgericht zurückgewiesen, weil die Dienstinstruktion keine Rechtsnormen enthalte, die Revision aber nach ZPO. §§ 549, 550 nur darauf gestützt werden kann, es sei eine Rechtsnorm verletzt worden. (Reichsgericht in Zivilsachen, Bd. 13 S. 259.) — b. Der vom Strafgericht Verurteilte behauptet, der Vorderrichter habe die preuß. Kabinettsordre über das Einschreiten der Polizei gegen Militärpersonen unrichtig angewandt. Das Reichsgericht hat die Revision zurückgewiesen: die Kabinettsordre enthält keine Rechtsnormen (StPO. § 376), sondern nur Dienstanweisungen. (Reichsgericht in Strafsachen, Bd. 29, S. 180.) — Ebensowenig kann wegen Verletzung instruktioneller Vorschriften von Bauordnungen, von Eisenbahnbetriebsvorschriften, von Dienstanweisungen betreffend Verhalten der Polizeiorgane gegenüber Streikposten usw. Klage (Rechtsbeschwerde) beim Verwaltungsgericht erhoben werden, u.a.m. Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, I S. 66, Nr. 549. Ziff. 2; S. 676, Nr. 79. Jahrbücher d. Kgl. Sächs. OVG. XVII 316. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., S. 253. Möglich ist jedoch, daß in ein und derselben Verordnung Dienstinstruktionen und Rechtsnormen erlassen werden. Reichsgericht i. Zivils. Bd. 79, S. 154.

[42] Die Frage wurde besonders lebhaft erörtert im Anschluß an die vom Bundesrat i. J. 1882 festgestellten Grundsätze über die Anstellung von Militäranwärtern im Reichs- und Staatsdienst. Militäranwärter, welche im Widerspruch zu diesen Grundsätzen bei der Anstellung waren übergangen worden, erhoben Schadenersatzklagen gegen die betr. Verwaltungsabteilungen des Reichs und der Gliedstaaten. Bei der Beurteilung dieser Schadenersatzprozesse war vor allem die Frage zu entscheiden, ob sich die Militäranwärter auf die erwähnten „Grundsätze" des Bundesrates berufen könnten oder ob die Grundsätze nur instruktioneller Natur seien. Die Gerichte haben sich in verschiedenem Sinne ausgesprochen. Vgl. die Judikatur bei Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichs- und des Kammergerichts auf dem Gebiete des öffentl. Rechts, I S. 17ff.; Erg. Band 1906—1910 S. 22—23. Reichsgericht in Zivilsachen, Bd. 48,

Verwaltungsvorschriften müssen nicht notwendig in die Form von Verwaltungsverordnungen eingekleidet werden. Sie können auch in Gesetzen oder Rechtsverordnungen in engster Verbindung mit Rechtssätzen enthalten sein.[43] Dann sind sie von diesen äußerlich nicht zu unterscheiden.[44] Es bleibt dann nichts anderes übrig, als durch Auslegung festzustellen, ob ein Rechtsatz oder eine instruktionelle Anweisung vorliegt.

Im Polizeistaat waren die meisten Normen, nach denen die

S. 84. Reger, XXII S. 260 und Erg.Bd. III S. 169. Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz, S. 41. Die erwähnten „Grundsätze" konnten m. E. schon darum nur als Verwaltungsvorschriften in Betracht fallen, weil sie nur im „Zentralblatt des Deutschen Reichs" waren verkündigt worden und nicht im Reichsgesetzblatt, in welchem verfassungsmäßig Rechtsverordnungen bekannt gemacht werden müssen. Laband, Staatsrecht, II[5] S. 183, Anmk. 3. — Die Frage erlangt u. a. praktische Bedeutung auch dann, wenn Telegraphenbeamte den Text von Telegrammen unrichtig wiedergegeben haben. In solchen Fällen ermitteln die Gerichte, ob die vom schuldigen Beamten unbeachtet gelassenen Vorschriften der „Dienstanweisung für Post- und Telegraphenbeamte", sich bloß an die Beamten wenden oder ob sie Rechtsnormen enthalten, auf die sich auch die Benutzer der Telegraphenanstalt berufen können. Vgl. darüber zwei Urteile des Reichsgerichts aus dem Jahre 1904 im Sächs. Archiv für Deutsches Bürgerl. Recht, Bd. 14 (1904) S. 356—360. Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz, S. 88—89.

[43] Zivil- und Strafprozeßordnung enthalten zahlreiche derartige Vorschriften, die nur an den Richter adressiert sind. Sie stellen deshalb keine „revisibeln" Normen dar; das Reichsgericht ist nicht befugt, zu prüfen, ob die Vorinstanzen die Norm richtig ausgelegt haben, denn ihm steht nur eine revisio in iure zu. Heilbut, „Müssen" und „Sollen" in der ZPO. (Archiv für zivilist. Praxis, Bd. 69, S. 331). Seligmann, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, I, 1886, S. 40. — Andrer Ansicht: Hänel, Gesetz im formellen und materiellen Sinn, S. 245ff. Hänel führt aus: durch die Aufnahme in ein Gesetz erfahre die Verwaltungsvorschrift eine fundamentale Veränderung ihrer Natur: sie werde Rechtssatz.

[44] Vgl. dazu die Bemerkungen von Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I S. 94: „Gerade deshalb ist es wohl getan, daß aller Gesetzesinhalt ohne Unterschied zu feierlicher Veröffentlichung gelangt, wie es eigentlich nur für Rechtssätze angemessen und notwendig ist. Wie weit solche darunter sind, das wird sich zeigen, wenn das wirkliche Leben die unberechenbare Mannigfaltigkeit seiner Gestaltungen und Verwicklungen diesen Bestimmungen entgegenwirft. Vorher braucht man es auch nicht zu wissen."

Verwaltung geführt wurde, bloße Verwaltungsvorschriften (vgl. oben S. 33). Der Rechtsstaat hat die Mehrzahl von ihnen in Rechtsnormen umgewandelt, ohne jedoch die Quelle zuzuschütten, aus der sie fließen. Ganz entbehren kann auch der Rechtsstaat der Verwaltungsvorschriften nicht. Denn in ihnen findet nicht selten ihren Ausdruck das, was über die Gebote des Rechts hinaus die Zweckmäßigkeit erfordert. Derartige Verwaltungsvorschriften sind geeignet, eine Verwaltungstradition zu begründen, die hinterher vom Gesetz in Rechtssätze umgeprägt werden kann.[45]

Die Beamteninstruktionen stellen nicht die einzige Art der Verwaltungsvorschriften dar. Ein dem Beamtenverhältnis verwandtes besonderes Abhängigkeitsverhältnis kommt auch zustande durch den freiwilligen oder erzwungenen Eintritt von Privatpersonen in den engeren Bannkreis einer öffentlichen Anstalt (Schule, Zuchthaus, Schlachthaus usf.). Vgl. darüber unten § 11. Diese Personen gelangen damit unter die besondere Befehlsgewalt der Behörde, die dieser Anstalt vorgesetzt ist, und empfangen von ihr die Weisungen für ihr Verhalten in der Anstalt.[46] Der Benutzer wird so ein Rad im Anstaltsbetriebe. Insofern führt er dem Staate gegenüber keine selbständige Existenz. Er ist durch die Anstalt „mediatisiert". Daher sind auch die Verhaltungsbefehle, welche in Anstaltsordnungen aufgestellt werden, keine Rechtssätze, sondern Verwaltungsvorschriften.

---

[45] Laband, Staatsrecht, II[5] S. 186. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 31. Rosin führt ein charakteristisches Beispiel an: Ein Gesetz hat zunächst den Verwaltungsbehörden freie Hand gelassen, die zur Bekämpfung einer Seuchengefahr geeigneten Maßregeln zu treffen. Die Ministerialinstanz sucht nun, im Rahmen des Gesetzes durch Instruktionen ein einheitliches Vorgehen der unteren Behörden zu erzielen Bei einer gesetzlichen Neuregelung der Materie kann dann der Teil der Instruktionen, der sich bewährt und zu einem festen Niederschlag verdichtet hat, in das Gesetz aufgenommen und in Rechtsnormen umgewandelt werden.

[46] Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, 1909, S. 185—186.

§ 5. Quellen des Verwaltungsrechts.[1]

I. Die Sätze des Verwaltungsrechts stammen aus denselben Quellen, aus denen die Rechtsnormen überhaupt fließen. Die folgenden Ausführungen werden sich deshalb darauf beschränken, aus der allgemeinen Lehre von den Rechtsquellen das herauszuheben, was für das Verwaltungsrecht von besonderer Bedeutung ist.

1. Die wichtigste Quelle des Verwaltungsrechts ist das Gesetz.[1a] Die Fähigkeit, Recht zu schaffen, wohnt dem Gesetz verfassungsmäßig inne. Rechtsetzung ist der eigentliche Beruf des Gesetzes so sehr, daß wir heute in einem weitern Sinne den Ausdruck „Gesetz" als gleichbedeutend mit Rechtsnorm verwenden.[2] Neben dem Gesetze gibt es noch andere Quellen. Allein sie vermögen Rechtsätze auf gesetzfreiem Gebiet nur secundum legem, gemäß gesetzlicher Ermächtigung oder mit Duldung des

---

[1] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I § 10. F. Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preuß.-deutsche Verwaltungsrecht, 1900, §§ 9—11. Anschütz, Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts (Preuß. Verwaltungsblatt, XXII S. 83ff., insbes. S. 86 bis 90). Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts[4], § 6.

[1a] Anschütz, Art. „Gesetz" im WB. d. Verv.-R.[2] II 212.

[2] EG. zum BGB., Art. 2: „Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm." Vgl. ferner ZPO. §§ 549, 550; StPO. § 376. — Rechtsetzung ist aber nicht der einzige Beruf des Gesetzes. Jedes Gesetz enthält eine Willenserklärung der Staatsgewalt. Infolgedessen kann die Gesetzesform auch zu anderen Zwecken, als bloß zu denen der Rechtsetzung verwendet werden. Darauf beruht der Unterschied von Gesetzen im materiellen Sinn (= Gesetze, die Rechtsätze aufstellen) und Gesetzen im bloß formellen Sinn (= Gesetze, die keine Rechtsätze aufstellen). Laband, Staatsrecht, II[5] S. 61ff. Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 158. Fleischmann, Die materielle Gesetzgebung (Handbuch der Politik, I 269ff.). — Darüber, daß Gesetze bloße Verwaltungsvorschriften enthalten können, ist bereits gesprochen worden. Über einen weiteren Anwendungsfall des bloß formellen Gesetzes, nämlich die Einkleidung von Verwaltungsakten in die Gesetzesform s. unten § 12. P. Schoen, Die formellen Gesetze (Handbuch der Politik, I 284ff.).

Gesetzes, nie wider das Gesetz (contra legem) zu erzeugen.[3] An dem „rocher de bronze" des Gesetzes brechen sich alle dem Gesetze widerstreitenden Rechtsvorschriften. Das macht den Vorrang des Gesetzes aus.

Der Verwaltungsrechtsatz wirkt zweiseitig, nach außen und nach innen. Nach außen begründet er ein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Untertan; er bestimmt, was für den Untertan Rechtens ist. Daher ist jeder Rechtsatz den Untertanen in einer bestimmten Form kundzumachen; von der Verkündigung in der vorgeschriebenen Form hängt die Verbindlichkeit des einzelnen Rechtsatzes ab. Auch nach innen wirkt der Rechtsatz; er erteilt dem Beamten den Befehl, die Anordnung zu vollziehen. Ob der Beamte dabei den Satz rein mechanisch auf einen gegebenen Tatbestand anzuwenden hat, oder ob bei der Vollziehung seinem eigenen freien Ermessen Raum gelassen ist — das ändert am Charakter des Rechtsatzes nichts.

Nicht allen Sätzen des modernen Verwaltungsrechtes ist jedoch ihre verwaltungsrechtliche Zweckbestimmung auf die Stirn geschrieben. Ein großer Teil von ihnen erscheint in strafrechtlichem Gewand.[4] Ein Beispiel soll dies erläutern: Nach dem Reichsstrafgesetzbuch § 366, Ziff. 8 wird mit Geldstrafe bis zu sechzig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen bestraft, wer nach der öffentlichen Straße „Sachen, durch deren Umstürzen oder Herabfallen jemand beschädigt werden kann, ohne gehörige Befestigung aufstellt oder aufhängt, oder Sachen auf eine Weise ausgießt oder auswirft, daß dadurch jemand beschädigt oder verunreinigt werden kann." Derartige Vorschriften enthält das Reichs-, wie das Landesstrafrecht in großer Zahl. Es genügt, an den 29. Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuchs über die Übertretungen und an die Polizeistrafgesetzbücher der deutschen Einzelstaaten zu erinnern. In den darin erlassenen Strafrechts-

---

[3] Eine Ausnahme bilden die Notverordnungen, d. h. Verordnungen mit Gesetzeskraft, die auf Grund verfassungsmäßiger Ermächtigung vom Staatsoberhaupt erlassen werden können, wenn ein dringender Notstand das Einschreiten der Gesetzgebung fordert, der Landtag aber nicht so schnell, wie es nötig ist, versammelt werden kann. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, § 161. P. Schoen, im Handbuch der Politik, I S. 302.

[4] Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 54, 82 ff.

normen ist die Strafandrohung sehr häufig das Mittel zur Erzwingung des Gehorsams gegenüber verwaltungsrechtlichen Geboten und Verboten, d. h. Befehlen, die die Untertanen zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen verpflichten.[5] Auf diese Weise ist die Strafgesetzgebung Quelle für zahlreiche Verwaltungsnormen geworden.[6]

2. Der Gesetzgeber kann jedoch die Aufgabe, Recht zu setzen, Verwaltungsbehörden übertragen. Damit werden diesen Organen Funktionen der Gesetzgebung zugewiesen. Man spricht infolgedessen von einer „Delegation der gesetzgebenden Gewalt". Die Verwaltungsbehörden erfüllen die ihnen übertragene Pflicht durch den Erlaß allgemeiner Anordnungen, Verordnungen, die aber im Gegensatz zu den Verwaltungsverordnungen (oben S. 63) als Rechtsverordnungen oder gesetzvertretende Verordnungen bezeichnet werden.[7] Durch die Ausübung des „Verordnungsrechtes" schaffen die Verwaltungsbehörden Rechtsätze von derselben Kraft, wie sie den Vorschriften des Gesetzgebers innewohnt. Eine Rechtsverordnung ist somit ein Erlaß einer

---

[5] Frank, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1911, S. 600. Polizeiübertretungen sind solche Delikte, „deren Norm die allgemeine im Verkehr erforderliche Sorgfalt spezialisiert." — Die neuen Verwaltungsgesetze, welche Strafandrohungen enthalten, trennen folgerichtig den Verwaltungsrechtsatz von der Strafsatzung. Man vergleiche z. B. die an das Ende der Reichsgewerbeordnung geschobenen Strafbestimmungen in den §§ 146—150.

[6] Damit hängt es zusammen, daß die Polizeistrafbücher von Baden, Bayern und Württemberg in ihren einleitenden allgemeinen Bestimmungen allgemeine Grundsätze des Polizeirechts überhaupt aufstellen.

[7] Heinrich Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., 1895. Art. „Polizei" (Polizeiverordnung) im WB d. VerwR² III 119. Hänel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinn (Studien zum deutschen Staatsrecht II) 1888. Laband, Staatsrecht II⁵ S. 85ff. Otto Mayer, I S. 122ff. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 366ff. Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 2. Aufl. 1901 (und dazu die Besprechungen von Otto Mayer im Archiv für öffentl. Recht XVII 464 und Jellinek im Verwaltungsarchiv XII 264). Anschütz in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler II S. 602—607. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I, 1906. P. Schoen, Die Verordnungen (Handbuch der Politik I S. 292ff.). Franz Rosin, Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht, 1911 (Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiete des öffentl. Rechts, Heft 18).

Verwaltungsbehörde, der auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung Rechtsätze aufstellt.

An der Zulässigkeit einer solchen Ermächtigung (Delegation) ist heute nicht mehr zu zweifeln.[8] Ebenso unbestritten ist aber, daß die mit dem Verordnungsrechte ausgestattete Behörde diese Kompetenz durch Subdelegation nicht weiter übertragen darf, es wäre denn, daß der Gesetzgeber dies ausdrücklich erlaubt hätte.[9] Der Gründe, die den Gesetzgeber veranlassen, die rechtliche Regelung einzelner Verhältnisse oder ganzer Materien den Verwaltungsbehörden zu übertragen, gibt es viele: das Bedürfnis, bei rasch wechselnden Verhältnissen einen einfachern Rechtsetzungsapparat zur Verfügung zu haben, als ihn die Gesetzgebung darbietet; das Bestreben, das Gesetz von Einzelbestimmungen zu entlasten; die Notwendigkeit, bei der Regelung einer Materie Raum zu lassen für die Berücksichtigung lokaler Bedürfnisse und Anschauungen; die Erwägung, daß für die Ordnung technischer Einzelheiten Verwaltungsbehörden, die mitten im Verkehre stehen, mehr Fachkenntnisse besitzen, als der Gesetzgeber[10] u. a. m.

---

[8] Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 333. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S. 218 und die dort zitierten Schriftsteller. Esmein, De la délégation du pouvoir législatif (Revue politique et parlementaire, I (1894) p. 290.

[9] Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S. 338ff. Vgl. dazu ein Urteil des preuß. Kammergerichts v. 14. Oktober 1907 bei Soergel, I S. 565, Nr. 136. Ein solches Verbot der Subdelegation enthält die Staatsverfassung des Kantons Bern v. J. 1893, Art. 27: „Der Große Rat darf die ihm durch die Verfassung ausdrücklich zugewiesenen Verrichtungen an keine andre Behörde übertragen." Zu diesen Verrichtungen aber gehört nach Art. 26 der Erlaß von Dekreten, d. h. Verordnungen. — Eine Subdelegation liegt dagegen in der Vorschrift des Badischen Polizeistrafgesetzbuchs § 85, Ziff. 2, derzufolge bestraft wird, wer den Verordnungen oder den auf Grund derselben ergangenen bezirks- oder ortspolizeilichen Vorschriften zur Verhütung von Krankheiten zuwiderhandelt. — Im Gegensatz zu der im Texte vertretenen Auffassung nimmt Arndt, Verfassung des Deutschen Reichs[5] S. 116 an, im Zweifel könne der Verordnungsberechtigte das Verordnungsrecht weiter delegieren.

[10] Man vergleiche z. B., in welchem Umfang der Verordnung ganze Materien vorbehalten worden sind in dem Reichsgesetz betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen, vom 14. Mai 1879 oder dem Weingesetz vom 7. April 1909. Zur Ausführung

a) Während jede Verwaltungsbehörde die Kompetenz, Verwaltungsverordnungen zu erlassen, auf Grund ihrer Dienstgewalt besitzt, muß ihr die Befugnis, Rechtsverordnungen zu schaffen, von einem einfachen Gesetze[11] oder einem Verfassungsgesetze besonders übertragen werden.[12] Das Gesetz bestimmt sowohl die Person des „Verordnungsberechtigten", wie den Inhalt und den Umfang des Auftrags. Ob das Gesetz ein für alle Mal gewisse Instanzen im Staat mit dem Verordnungsrecht für ganze Materien ausstattet (generelle Delegation) oder ob der Gesetzgeber sich vorbehalten hat, die zuständige Behörde und die zu regelnden Fragen von Fall zu Fall zu bestimmen (spezielle Delegation); ob das Gesetz den Auftrag ausdrücklich ausspricht oder ihn stillschweigend erteilt, d. h. aus dem ganzen Zusammenhang seiner Bestimmungen erkennen läßt, — all dies begründet keinen Unterschied. Der Idee des Rechtsstaats entspricht jedoch am besten die Spezialdelegation.

Sollen die Vorschriften der Rechtsverordnung dieselbe Kraft haben, wie die des Gesetzes, so müssen sie in derselben Form verkündigt werden, die für die amtliche Kundmachung der

---

des Nahrungsmittelgesetzes sind jedoch in der Folge statt der in Aussicht genommenen Verordnungen Ausführungsgesetze erlassen worden. Laband, Staatsrecht III[4], S. 257.

[11] Wird das Gesetz aufgehoben, so ist im Zweifel auch der darauf fußenden Verordnung der Boden entzogen. Anderer Meinung: Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 384. Thoma, Polizeibefehl I S. 333. — Unberücksichtigt kann hier die staatsrechtliche Frage bleiben, ob und wieweit nach den Verfassungen einzelner Staaten dem Landesherrn die Kompetenz vorbehalten geblieben ist, in selbständigen landesherrlichen Rechtsverordnungen organisatorische Vorschriften zu erlassen. Vgl. darüber die Literatur bei Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S. 118, Anm. 9. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 209 bis 210. Hänel, Gesetz im formellen und materiellen Sinn, S. 199.

[12] Die Delegation kann beruhen entweder auf einem Gesetze des Reichs oder einem Gesetze eines Gliedstaats. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 67ff. Laband, Staatsrecht, II[5] S. 102. — So werden z. B. in § 28 der Reichsgewerbeordnung die gliedstaatlichen höheren Verwaltungsbehörden von Reichs wegen ermächtigt, „über die Entfernung, welche bei Errichtung von durch Wind bewegten Triebwerken von benachbarten fremden Grundstücken und von öffentlichen Wegen inne zu halten ist, durch Polizeiverordnungen Bestimmung zu treffen." Vgl. dazu Landmann, Gewerbeordnung, Bemerkungen zu den §§ 28 u. 155.

Gesetze vorgeschrieben ist.[13] Dann aber binden sie Untertanen,[13a] Gerichte und Verwaltungsbehörden; diese Bindung erstreckt sich auch auf die dem Verordnungsberechtigten übergeordneten Organe bis hinauf zum Landesherrn. Sie trifft auch die Behörde selbst, welche die Verordnung erlassen hat.[14] Es steht jeder Behörde zwar frei, ihr Werk in aller Form Rechtens wieder zurückzunehmen. Solange sie dies aber nicht getan hat, darf sie sich bei der Regelung eines Einzelfalles nicht über ihre Verordnung hinwegsetzen mit der Begründung, die Verordnung beruhe auf ihrem eigenen Willen. Sie muß die von ihr geschaffenen Rechtsätze auch gegen sich selbst gelten lassen. Denn die Verordnung steht in ihrer Wirkung dem Gesetze gleich.

Aber dem Range nach steht sie hinter dem Gesetz. Sie ist nicht Gesetz, sie vertritt es nur. Dem Gesetze bleibt sein verfassungsmäßiger Vorrang gewahrt. Daraus folgt, daß für Verwaltungsorgane, Gerichte und Untertanen eine Verordnung nur dann verbindlich ist, wenn sie mit dem Willen des Gesetzes übereinstimmt. Nicht rechtsbeständig ist daher die Verordnung, welche von einem Organ ausgeht, dem der Gesetzgeber für die Angelegenheit Gesetzesvertretung gar nicht übertragen hat,[15] und nicht rechtsbeständig ist innerhalb einer formell

---

[13] Laband, Staatsrecht, II[5] S. 183. — Andrer Meinung: Preuß. Ob.-Verw.-Ger. v. 1. Juni 1908 (Spruchsammlung der DJZ. 1909, S. 150). Dambitsch, Verfassung des Deutschen Reichs, 1910, S. 55 ff. Arndt, Verfassung des Deutschen Reichs[5] S. 44 f.

[13a] Die Behauptung, bei der Unmenge neuer Verordnungen könne der einzelne Bürger unmöglich jede neue Vorschrift kennen, entschuldigt nicht; auch hier heißt es: error iuris nocet. Reichsgericht i. Zivils. 7. Januar 1913 (DJZ. XVIII 465).

[14] Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 75.

[15] Hierher gehört z. B. die Streitfrage, ob der Bundesrat zuständig gewesen ist, eine Eisenbahnverkehrsordnung (neuste Fassung vom 23. Dez. 1908, Reichsgesetzblatt, 1909, S. 93) zu erlassen. Vgl. darüber Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., S. 253 und die dort zitierten Schriften. R. Bäseler, Die rechtliche Natur der Eisenbahnverkehrsordnung, 1912 (Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Zorn u. Stier-Somlo IX 2). — Bedenken ähnlicher Art sind zu erheben gegen die vom Bundesrat erlassene Schiffsvermessungsordnung v. J. 1895. Laband, a. a. O. 258; Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch

gültigen Verordnung jede Bestimmung, die über den vom Gesetze erteilten Auftrag hinausgeht oder einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderläuft.[16] Was dem Gesetze widerspricht, das ist weder für den Richter, noch für die Verwaltungsbehörde, noch für den Bürger rechtsbeständig. Dem Richter — dem ordentlichen, wie dem Verwaltungsrichter — und dem Verwaltungsbeamten steht deshalb gegenüber jeder Verordnung ein Prüfungsrecht

---

des Deutschen Verwaltungsrechts[3], S. 272. Das Reichsgericht hält die Verordnung für rechtsgültig. Reichsgericht in Zivilsachen, Bd. 74, S. 133.

[16] Beispiele: a) In verschiedenen deutschen Staaten haben sich die Gerichte mit der Frage zu beschäftigen gehabt, ob in der Ermächtigung zur Aufstellung von Vorschriften über die Erhaltung der öffentlichen Ordnung die Befugnis enthalten sei zu einem generellen Verbot gegen das Streikpostenstehen, und ob ein solches Verbot nicht dem § 152 der Gewerbeordnung (Koalitionsfreiheit) widerspreche. Das Reichsgericht hat durch Urteil vom 4. Februar 1901 ein Verbot dieses Inhalts, das der Senat von Lübeck i. J. 1900 in einer Verordnung erlassen hat, als ungültig betrachtet und demgemäß die wegen Verletzung dieses Verbots bestraften Personen freigesprochen. (Reger, XXI 138.) Über dieselbe Frage vgl. die weiteren Urteile bei Reger XXV 460, Reichsgericht in Zivilsachen, Bd. 76, S. 35. Landmann, Gewerbeordnung II[6] S. 829. b) Ein Passant fällt auf dem glatten Trottoir und bricht sich ein Bein. Bei der Beurteilung der gegen die Stadtgemeinde angestrengten Schadenersatzklage hat das Gericht die Frage zu beantworten, ob, wie die Polizei behauptet, das Gesetz die Polizei ermächtigt hat, durch Polizeiverordnung die Trottoirreinigungs- und Bestreuungspflicht auf die Anlieger zu überwälzen. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kammergerichts auf den Gebieten des öffentl. Rechts, I S. 255ff., II S. 899. Vgl. ferner Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 45, S. 268. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 55, Beilagenband S. 1165 (Urteil d. Reichsgerichts in Zivilsachen, 22. Mai 1911). Zeitschrift für badische Verwaltung, 1911, S. 19 und Badische Rechtspraxis, 1911, S. 265 (Urteil d. Oberlandesgerichts Karlsruhe v. 27. Mai 1910). c) Dem Eigentümer eines Grundstücks am Kreuzberg (Berlin) wurde die Bauerlaubnis verweigert unter Hinweis auf eine (auf Grund des preuß. Gesetzes über die Polizeiverwaltung v. 1850 §§ 5, 6, 11 erlassene) Polizeiverordnung des Berliner Polizeipräsidiums, die zum Schutze des Nationaldenkmals auf dem Kreuzberg die Überbauung der dortigen Gegend untersagte. Das Bezirksverwaltungsgericht erklärte die betr. Vorschrift der Polizeiverordnung für ungültig und erkannte daher, daß die Bauerlaubnis erteilt werden müsse, und das Oberverwaltungsgericht bestätigte durch Urteil vom 14. Juni 1882 diese Rechtsauffassung (Entscheidungen IX S. 354).

nach den beiden angegebenen Richtungen zu,[17] sofern es ihm das Gesetz nicht ausdrücklich entzogen hat.[18]

b) Nicht alle Arten von Verordnungen sind von gleicher Bedeutung für das Verwaltungsrecht. Die für staatliche Notstände berechneten „Notverordnungen" können hier außer Betracht bleiben. Ebenso bedürfen keiner eingehendern Besprechung die sog. Ausführungsverordnungen, deren Aufgabe darin besteht, den im Gesetzestext niedergelegten Willen des Gesetzgebers näher zu erläutern und zu voller Entfaltung zu bringen.[19] Es bleiben somit für unsern Zusammenhang lediglich die eigentlichen gesetzesvertretenden Verordnungen übrig, auf die der Gesetzgeber seine Rechtsetzungspflicht überwälzt hat.[20] Unter diesen erweist sich eine Art als eine besonders ergiebige Quelle des Verwaltungsrechts: die Polizeiverordnung. Polizeiverordnungen liefern ein gut Teil der Rechtsätze für die Verwaltungsjurisprudenz des täglichen Lebens. Sie befehlen in der Form von Geboten oder Verboten den Untertanen, im Interesse des gesellschaftlichen Zusammenlebens bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen und drohen gegen die Übertretung Strafe an.[21] Sie

[17] Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 406ff. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts S. 654. v. Seydel, Bayer. Staatsrecht, II S. 337. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 458ff. — Auch der Verwaltungsverordnung gegenüber kommt selbstverständlich der Vorrang des Gesetzes und das richterliche Prüfungsrecht zur Geltung. Der Richter hat zu prüfen, ob die von der Verwaltungsbehörde erlassenen Anweisungen sich als Betätigungen einer besonderen Befehlsgewalt (Dienstgewalt, Anstaltsgewalt) darstellen. Vgl. ein Beispiel bei Fleiner, Verwaltungsrechtsfälle, Nr. 55.

[18] Preußische Verfassungsurkunde Art. 106, Abs. 2: „Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu."

[19] Die Ausführungsverordnung hat nur „fertig zu denken, was im Gesetze schon gewollt ist" (Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 177). Oder anders ausgedrückt: „sie soll wollen, was das veranlassende Gesetz will: alles, aber nicht mehr." (Anschütz, in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, II S. 607).

[20] Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 177, nennt diese Verordnungen „besonders ermächtigte Verordnungen".

[21] Eine Behörde, die befugt ist, Polizeiverordnungen zu erlassen, besitzt damit nicht auch die Kompetenz, in einer solchen Polizeiverordnung Befehle unter Strafandrohung an die Adresse andrer Behörden zu richten und diesen in dieser Form z. B. Normen vorzuschreiben, nach

stellen somit das Seitenstück zu den oben erwähnten Polizeigesetzen dar.

Allein gerade diese Verquickung der Strafandrohung mit dem Verwaltungsrechtsatz hat das Bedenken entstehen lassen, ob der Gesetzgeber die Verordnungsdelegation auch auf die Androhung der Strafe erstrecken darf. Die preußische Gesetzgebung bejaht die Frage.[22] Demgemäß können die preußischen Verwaltungsbehörden sowohl zur Aufstellung der Verwaltungsnormen, wie der Strafandrohung ermächtigt sein.[22a] Das Gesetz zieht jedoch der Verordnungsgewalt auch nach der Strafseite hin insofern Schranken, als es jeder mit dem Verordnungsrechte ausgestatteten Behörde das Höchstmaß der Strafe genau vorzeichnet.[23] Süddeutschland hat im Gegensatz dazu, im Anschluß an das französische Recht, andere Bahnen eingeschlagen. In Frankreich ging die Revolutionsgesetzgebung von dem Grundsatze aus, die Strafe könne unter allen Umständen nur von einem formellen Gesetze angedroht werden (nulla poena sine lege). Damit schien den Polizeiverordnungen der Boden überhaupt entzogen zu sein.[24] Allein zwischen der starren Theorie und den Bedürfnissen der Praxis kam ein Kompromiß zustande. Es ist in der Folge auch

---

denen sie bei der Erteilung von Schankkonzessionen zu verfahren haben. Urt. des preuß. Ob.-Verw.-Ger. v. 19. Jan. 1898 und 27. Mai 1899 (Entsch. Bd. 33, S. 341; Bd. 35, S. 342). Vgl. auch Reger, XIX 170; XX 164.

[22] Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 51, 75ff. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 225ff.

[22a] Die vom Oberpräsidenten zu erlassenden Polizeivorschriften bedürfen jedoch der Zustimmung des Provinzialrats u. die vom Regierungspräsidenten zu erlassenden der Zustimmung des Bezirksausschusses; in beiden Fällen müssen somit Selbstverwaltungsorgane mitwirken. Nur bei Dringlichkeit können der Oberpräsident oder Regierungspräsident die Polizeivorschrift vor Zustimmung des Selbstverwaltungsorgans vorläufig von sich aus erlassen (sog. oktroyierte Polizeiverordnungen). Landesverwaltungsgesetz v. 1883 § 139. Urteil d. Kammergerichts v. 8. Mai 1911 (Johow Bd. 41, S. 355).

[23] Insbesondere das Preuß. Gesetz über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850 hat genau festgesetzt, welche Höchststrafen die einzelnen Instanzen androhen dürfen.

[24] Über Entwicklung und Bedeutung des Grundsatzes „nulla poena sine lege": Binding, Handbuch des Strafrechts, I S. 17—28. A. Schottlaender, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes „nulla poena sine lege", Heidelberger Dissertation 1911.

von den Gesetzgebungen Süddeutschlands übernommen worden.[25] Man hat die Verwaltungsnorm, den Verwaltungsrechtsatz, getrennt von der Strafandrohung, der Strafsatzung. Dadurch ist es möglich geworden, die Androhung der Strafe dem Gesetze vorzubehalten, andrerseits aber die Aufstellung der Verwaltungsnorm, die durch die Strafe erzwungen werden soll, der Verordnung zuzuweisen.[26] Ein Beispiel: das Badische Polizeistrafgesetzbuch bestimmt in § 116: „An Geld bis zu 150 Mark oder mit Haft wird bestraft, wer als Bauherr, Baumeister oder Bauhandwerker den Verordnungen über die Baulinie, die Festigkeit, die Feuersicherheit und Gesundheit, oder den örtlichen Bauordnungen . . . zuwiderhandelt." In umfassender Weise haben die Polizeistrafgesetzbücher der süddeutschen Staaten diese Trennung für zahlreiche Materien durchgeführt.[27] Sie haben Schule gemacht. Einzelne neuere preußische Gesetze sind ihnen hierin gefolgt,[28] und auch das Reichsstrafgesetzbuch hat sich in dem angeführten 29. Abschnitt über die Übertretungen in zahlreichen Fällen auf die Festsetzung der Strafen beschränkt und die Aufstellung der Gebote und Verbote, der Norm, der Verordnung überlassen.[29]

In den süddeutschen Polizeistrafgesetzbüchern wird regelmäßig mit der Androhung, es werde bei Übertretung einer be-

---

[25] Vgl. dazu die eingehenden Erörterungen bei Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 216ff.

[26] In der strafrechtlichen Literatur ist diese verwaltungsrechtliche Seite der Strafgesetze besonders eingehend gewürdigt worden in dem cit. Kommentar zum Strafgesetzbuch von Frank, Vorbemerk. zum 29. Abschnitt (10. Aufl. S. 598 ff.).

[27] Vgl. die Polizeistrafgesetzbücher von Baden 1863; Bayern 1861/1871; Hessen 1871; Württemberg 1871 usf. Näheres bei Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 575. Rosin, Art. „Polizei" (Polizeistrafrecht) im WB d. VerwR² III 112.

[28] Zuerst verwirklicht im Allg. Berggesetz für die preuß. Staaten v. 1865. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 77.

[29] Der Grundsatz „nulla poena sine lege" gilt damit als gewahrt. So bestimmte das Badische Polizeistrafgesetzbuch in seiner ursprünglichen Fassung v. J. 1863, § 1, Abs. 2: „Durch Verordnungen, bezirks- oder ortspolizeiliche Vorschriften können Gebote oder Verbote nur dann und nur insoweit unter polizeiliche Strafe gestellt werden, als ein Gesetz dies ausdrücklich gestattet."

stimmten Verordnung Strafe eintreten, die Ermächtigung zum Erlasse dieser Verordnung verbunden.[30] Rechtlich notwendig ist dies nicht, wie die „Blankettstrafgesetze" des Reichsstrafgesetzbuchs beweisen. Darunter sind jene Vorschriften des Reichsrechts zu verstehen, welche sich darauf beschränken, die Strafen festzusetzen, die bei Übertretung bestimmter Arten von Verordnungen zu verhängen sind, es im übrigen aber den Landesgesetzen überlassen, ob sie derartige Verordnungen durch Erteilung einer landesgesetzlichen Delegation überhaupt ins Leben rufen wollen.[31]

3. Die Verordnung bildet materiell einen Bestandteil der Staatsgesetzgebung.[32] Allein neben ihr steht eine vom Staate unabhängige Rechtsquelle: die Autonomie.[33] Sie liefert auch für das Gebiet der Verwaltung den Beweis, daß der Staat nicht der einzige Schöpfer des Rechts ist.

---

[30] Z. B. Württembergisches Polizeistrafgesetz, Art. 51: „Wo das Strafgesetzbuch oder das gegenwärtige Gesetz auf Polizeiverordnungen .... Bezug nimmt oder solche voraussetzt, können dieselben durch Kgl. Verordnung oder Ministerialverfügung, sowie für den Geltungsbereich eines Oberamtsbezirks oder mehrerer Gemeinden durch die Bezirkspolizeibehörden, für den Bereich eines Gemeindebezirks durch die Ortspolizeibehörden erlassen werden." Vgl. auch Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 222ff., 315.

[31] Beispiel: Reichsstrafgesetzbuch § 366: „Mit Geldstrafe bis zu 60 Mark oder mit Haft bis zu 14 Tagen wird bestraft, ... 10. wer die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen erlassenen Polizeiverordnungen übertritt." Vgl. über die rechtliche Natur der „Blankettstrafgesetze": Frank, Strafgesetzbuch 1911 [10], S. 12, 601, 632. v. Liszt, Lehrbuch d. Deutschen Strafrechts, [12] (1912) S. 97. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 317.

[32] Rechtsverordnungen, die in den Einzelstaaten auf Grund reichsrechtlicher Delegation erlassen werden, gehören deshalb inhaltlich (materiell) zum Reichsrecht; formell dagegen stellen sie Landesrecht dar, weil die Sanktion auf dem eigenen Herrschaftsrecht des Gliedstaates beruht. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 70. Laband, Staatsrecht, II[5] S. 102. Andrer Meinung Thoma, Polizeibefehl I 316, Nr. 8; er hält derartige Normen für (revisibles) Reichsrecht.

[33] Gierke, Deutsches Privatrecht, I § 19. Stier-Somlo, Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preuß.-deutsche Verwaltungsrecht, S. 147ff. Anschütz, im Preuß. Verwaltungsblatt, XXII S. 86ff. Kinne, Die Autonomie der Kommunalverbände in Preußen, 1908, S. 12ff. W. v. Blume, Autonome Körperschaften (Handbuch d. Politik, I 219ff.).

Wie unten §§ 6 und 7 wird dargelegt werden, sind dem Staate eine ganze Reihe von rechtlich organisierten Verbänden eingegliedert, welche öffentliche Verwaltung führen: die Selbstverwaltungsverbände (Gemeinden, Provinzen usf.). Sie üben über ihre Mitglieder eine selbständige Verbandsgewalt aus. In dieser ist auch die Fähigkeit zur Rechtsetzung enthalten. Sie wird als Selbstgesetzgebungsrecht, als Autonomie, bezeichnet.[33a] Beispiele bieten die allgemeinen Ortsstatuten (Ortsgesetze), die Ortsbaustatuten, die Statuten der Innungen usw.[34] Der auf solche Weise erzeugte Erlaß führt in der Wissenschaft den Namen Satzung oder autonome Satzung. In der Form der Satzung tritt, wie die angeführten Beispiele beweisen, das Lokalrecht in die Erscheinung.

Die Staatsgesetzgebung bestimmt Bereich und Schranken der Autonomie. Ob der Verband bloß ermächtigt oder auch ver-

[33a] Darin unterscheidet sich der öffentlichrechtliche Verband vom privatrechtlichen Verein; dieser letztere besitzt die Fähigkeit zur Aufstellung von Rechtsätzen nicht. Heinsheimer, Mitgliedschaft und Ausschließung in der Praxis des Reichsgerichts, 1913, S. 31.

[34] Württembergische Gemeindeordnung vom 28. Juli 1906, Art. 8: „Die Gemeinden haben das Recht, innerhalb der durch die Gesetze festgesetzten Schranken alle ihnen gesetzlich überlassenen Angelegenheiten selbständig zu verwalten . . . . — Die Gemeinden sind befugt, zur näheren Regelung der den Gegenstand dieses Gesetzes bildenden Verhältnisse ihrer Verfassung und Verwaltung im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften durch Gemeindesatzung (Ortsstatut) allgemeine Anordnungen mit Gesetzeskraft zu treffen." E. Ruck, Verwaltungsrechtl. Gesetze Württembergs, I, 1911, S. 10ff. Preuß. Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen v. 30. Mai 1853, § 11: „Jede Stadt ist befugt, besondere statutarische Anordnungen zu treffen: 1. über solche Angelegenheiten der Stadtgemeinden, sowie über solche Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder, hinsichtlich deren das gegenwärtige Gesetz Verschiedenheiten gestattet, oder keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält; 2. über sonstige eigentümliche Verhältnisse und Einrichtungen . . . ." Über das preuß. Recht im allgemeinen: Schön, Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, 1897, S. 65ff. — Über die Innungsstatuten: Reichsgewerbeordnung, § 83 und die Bemerkungen dazu von Landmann, Reichsgewerbeordnung II[6], S. 25ff. — Nach der Gesetzgebung vieler deutscher Staaten sind die Gemeinden befugt, durch Statut die Pflicht zu den sog. Anliegerbeiträgen (bei der Errichtung neuer Straßen) einzuführen. Vgl. z. B. das preuß. Gesetz, betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen („Fluchtliniengesetz") v. 2. Juli 1875, § 15. S. auch unten § 26.

pflichtet ist, eine Satzung aufzustellen, ist für die Natur des Satzungsrechts unerheblich. Grundsätzlich ist die Satzungsgewalt persönlich auf den Kreis der Mitglieder und sachlich auf die eigenen Angelegenheiten des Verbandes, die Geschäfte der Selbstverwaltung, beschränkt. Doch steht es der Staatsgesetzgebung frei, einerseits der Autonomie nur eine beschränkte Zahl von Selbstverwaltungsmaterien zu überlassen,[35] andrerseits aber die Satzungsgewalt zu erstrecken auf Angelegenheiten und Personen, die nicht zum eigenen Sachbereiche und nicht zum Kreise der eigenen Mitglieder des Verbandes gehören.[36] Solche Fälle zeigen, wie nahe verwandt, der äußeren Erscheinung nach, Autonomie und Verordnung sind. Der Unterschied zwischen beiden liegt in einem inneren Moment. Die Satzung fließt aus einer vom Staate anerkannten eigenen Rechtsetzungsgewalt des Verbandes, die Verordnung dagegen empfängt ihre Kraft von einem Auftrage des staatlichen Gesetzgebers.[37]

[35] Beispiel: Nach badischem Recht darf ortsstatutarische Regelung nur da Platz greifen, wo das staatliche Gesetz dazu im Einzelfalle ermächtigt. Im allgemeinen dürfen Ortsstatute nur die eigene Verfassung der Gemeinde regeln, nicht dagegen das Verhalten der Gemeindeangehörigen. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 188—189. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 452.

[36] So hat die Reichsgewerbeordnung den Gemeinden die Kompetenz zur ortsstatutarischen Regelung einer ganzen Reihe von gewerberechtlichen Materien übertragen. Sie hat damit den Anstoß zur Bildung eines „autonomen Gewerberechts" gegeben. Landmann, Reichsgewerbeordnung, II[6] S. 723. Bemerk. zu § 142. Rosin, Öffentliche Genossenschaft, 1886, S. 187, erblickt in solchen Fällen eine Delegation der gesetzgebenden Gewalt. Allein dies trifft nicht zu. Die Sanktion der betreffenden Rechtsätze beruht auf der eigenen Satzungsgewalt des Verbandes; der Bereich der Autonomie ist erweitert worden. Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 153. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I S. 129—130. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 453. — Ein andres Beispiel aus dem Recht der Arbeiterversicherung: Die versicherten Arbeiter sind nicht Mitglieder der Berufsgenossenschaften (d. h. der Träger der Unfallversicherung). Trotzdem verleiht die Reichsversicherungsordnung § 848 den Berufsgenossenschaften die Befugnis, Vorschriften zu erlassen „über das Verhalten, das die Versicherten zur Verhütung von Unfällen in den Betrieben zu beobachten haben". Zuwiderhandlungen der Versicherten gegen solche Vorschriften können mit Geldstrafe bis zu sechs Mark bedroht werden (§ 851).

[37] In den Staaten, in denen die Ortspolizei nicht zum eigenen, sondern zum sog. übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden gehört (unten § 7,

Die Satzung erzeugt objektives Recht.[38] Sie kann daher nur in einem geordneten Verfahren zustande kommen. Hierüber enthalten das Gesetz und die autonomische Satzung jedes Verbandes selbst besondere Bestimmungen. Die Satzung muß, um für die Untertanen rechtsverbindlich zu sein, amtlich verkündigt werden, wie das Gesetz und die Verordnung.[39] Regelmäßig bedarf ferner die Satzung zu ihrer Rechtsgültigkeit staatlicher Bestätigung.[40] Die Gesetze schreiben, je nach der Art der Satzung, vor, ob die Staatsbehörde die Satzung nur auf ihre Rechtmäßigkeit oder auch auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen hat und ob sie die Bestätigung nach freiem Ermessen oder nur aus bestimmten gesetzlichen Gründen versagen darf. Die bestätigte Satzung bleibt autonomes Recht; sie wird nicht Bestandteil der Staats-

---

II, Ziff. 1), kann der Staat die Aufstellung polizeilicher Vorschriften entweder der Gemeinde als solcher, oder aber bestimmten Gemeindeorganen übertragen. Im ersten Fall schafft die Gemeinde durch ihre Organe autonomes Recht, im zweiten Fall erläßt die berufene Behörde eine staatliche Verordnung. Vgl. dazu Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen. S. 202.

[38] Das Reichsgericht hat in einem Urteil in Zivilsachen vom 28. Feb. 1902 (Entsch. Bd. 51, S. 62) sehr gut ausgeführt, die Ortsstatute begründeten objektives, nicht subjektives Recht (Vertragsrecht). Wenn deshalb ein Beamter unter Hinweis auf die Normen des Ortsstatuts angestellt werde, so würden diese dadurch nicht Vertragsinhalt. Ändere sich hinterher die Gesetzgebung, so würden auch die widersprechenden Normen des Ortsstatuts beseitigt; sie behielten deshalb für den Beamten nicht etwa die Kraft von vertraglichen Vereinbarungen. Vgl. ferner Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 36, S. 236.

[39] Die Reichsgewerbeordnung sagt deshalb in § 142 ausdrücklich, daß statutarische Bestimmungen „in der für Bekanntmachungen der Gemeinde oder des weiteren Kommunalverbandes vorgeschriebenen oder üblichen Form zu veröffentlichen sind". Vgl. dazu Landmann, Gewerbeordnung II[6], S. 727. Die Vorschrift gibt einen allgemeinen Rechtsgrundsatz wieder, der gilt, auch wenn das Gesetz keine Bestimmung über die Verkündigung der autonomen Sätze enthält. So wendet sich mit Recht gegen die abweichende Praxis des preuß. Oberverwaltungsgerichts (Soergel I S. 537, Nr. 18) und des Reichsgerichts: Anschütz, im Preuß. Verwaltungsblatt XXII S. 86 und die dort angeführten Autoren. Sieburg, im Preuß. Verw.-Bl. XXXII 309.

[40] Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 156. Keil, Die (preuß.) Landgemeindeordnung, 1896, S. 377ff.

gesetzgebung. Sie schafft Normen von der Kraft des Gesetzes.[41] Aber andrerseits gilt der Vorrang des Gesetzes auch ihr gegenüber. Bevor der Richter autonomes Recht anwendet, hat er es auf seine Übereinstimmung mit dem Inhalt der Gesetzgebung zu prüfen.[42] Die staatliche Bestätigung der Satzung entbindet ihn von dieser Pflicht nicht.[43]

Die Erzeugung autonomen Rechts ist im allgemeinen nur dem organisierten Verbande möglich. Die verwaltungsgerichtliche Praxis — in erster Linie die des Preußischen Oberverwaltungsgerichts — hat jedoch die Fähigkeit zur Rechtsetzung auch unorganisierten Gemeinschaften zuzuerkennen begonnen. Dies namentlich in Fällen, in denen das Gesetz eine öffentliche Last (Bau und Unterhalt eines öffentlichen Weges; Aufbringung der Mittel zum Unterhalt einer Schule u. dgl.) einer Mehrheit von Personen (Gemeinden, Gutsherrn usf.) gemeinsam auferlegt hat (vgl. unten § 25). Wie weiter unten wird zu beweisen sein, kann die Verteilung der Last auf die einzelnen durch ein im Kreise der Verpflichteten entstandenes Gewohnheitsrecht vorgenommen werden. Dasselbe Ergebnis erreichen jedoch die Träger der öffentlichen Last durch den Abschluß eines Vertrages, worin sie unter sich die wechselseitigen Rechte und Pflichten regeln, die sich aus einer solchen Gemeinschaftlichkeit einer öffentlichen Last ergeben. Zielen die in dem Vertrage enthaltenen Willenserklärungen nicht bloß auf die Begründung subjektiver Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien, sondern auf die Aufrichtung objektiver Normen über die Verteilung der Lasten ab und wird dem Vertrage überdies die staatliche Bestätigung zu teil, so erlangt er den Charakter einer rechtsetzenden Vereinbarung.[44]

---

[41] „Anordnungen mit Gesetzeskraft" sagt die württembergische Gemeindeordnung v. 1906, Art. 8.

[42] Beispiele: Entsch. des Reichsger. in Zivilsachen, Bd. 51 S. 62ff., 323ff.

[43] Bayr. Verwaltungsgerichtshof 28. Oktober 1896 (Sammlung von Entsch. des bayr. Verw.-Ger. H. XVIII S. 33). Preuß. Ob.-Verw.-Ger. v. 3. November 1897 (Entsch. Bd. 32, S. 123). Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. 14. Oktober 1901 (Jahrbücher des K. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. I S. 240).

[44] Das Wesen der Vereinbarung ist gegenüber dem Vertrag scharf erfaßt worden von Binding, Die Gründung des norddeutschen Bundes (Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid, 1888) S. 69—70. Den Begriff haben weiter ausgebaut Jellinek, System der subjektiven

Ihr Inhalt ist zum Bestandteil des objektiven Rechts geworden.[45]

4. Gesetz, Verordnung, Autonomie erzeugen gesetztes Recht. Ist daneben auf dem Boden des Verwaltungsrechts noch Raum für Gewohnheitsrecht?[46] Darüber herrscht Streit.[47]

öff. Rechte S. 204ff. und insbesondere die eingehende Arbeit von Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899 S. 49ff. Die Bedeutung der Vereinbarung für die verwaltungsrechtliche Praxis hat an Hand der Judikatur des preuß. Ob.-Verw.-Ger. Anschütz, im Preuß. Verwaltungsblatt XXII S. 88ff., dargelegt. Gegen den Begriff der Vereinbarung vgl. die kritischen Bemerkungen von Stier-Somlo, im Verwaltungsarchiv X S. 520—521 und Gleitsmann, Vereinbarung und Gesamtakt (Verwaltungsarchiv X S. 395ff.). — Binding, Gründung des norddeutschen Bundes, S. 70: „Die Vereinbarung aber ist die Verschmelzung verschiedener inhaltlich gleicher Willen. Sie ist das einzige Mittel zur Bildung eines Gemeinwillens." Fleiner, Gründung des schweiz. Bundesstaats, 1898, S. 36.

[45] Zu den Vereinbarungen gehören insbesondere die Rezesse des preuß. Verwaltungsrechts, in denen zwischen Gemeinde und Gutsherr oder zwischen den Eigentümern beteiligter Grundstücke über die Verteilung gemeinsamer Lasten eine Verständigung getroffen wird. Z. B.: Gutsherr und Gemeinde vereinbaren in einem staatlich genehmigten Rezess, daß bei allen künftigen Neubauten und Reparaturen des Schulhauses der Gutsherr die Materialien verabfolgen und die Handwerker lohnen, die bäuerliche Gemeinde dagegen für Hand- und Spanndienste aufkommen werde. „Durch die Bestätigung des Rezesses ist der die Schullast regelnde Paragraph des Rezesses Teil der Ortsverfassung geworden" (Entsch. des preuß. Ob.-Verw.-Ger. Bd. 13, S. 261ff.). Weitere Beispiele daselbst Bd. 14, S. 243ff. und bei Anschütz, im Preuß. Verwaltungsblatt XXII S. 89—90. Reger, Erg.-Bd. II S. 173. Vgl. ferner Hans Hoffmann, Die Wegebaulast in Pommern (Tübinger staatswissenschaftliche Dissertation, 1907) S. 31—32).

[46] Über den Stand der Frage gibt Aufschluß Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preuß.-deutsche Verwaltungsrecht, S. 120ff. und Verwaltungsarchiv XIX 98. Jebens, Observanz und Beweislast (Verwaltungsrechtliche Aufsätze von Jebens, 1899, S. 57ff.). Kamptz u. Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts auf den Gebieten des öffentl. Rechts, II S. 502ff. Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, I² S. 817, Art. „Gewohnheitsrecht". Brie, Art. „Gewohnheitsrecht" im Wörterbuch d. Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts II² S. 287ff., insbes. S. 290. Spiegel, Verwaltungsrechtswissenschaft S. 184ff. — Über die Bedeutung des Irrtums als Hinderungsgrund bei der Entstehung neuen Gewohnheitsrechtes: Preuß. Ob.-Verw.-Gericht v. 8. Dezember 1908 (Entscheidungen Bd. 53, S. 207).

[47] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I S. 130, und im Archiv für öffentl. Recht XIV S. 132ff. (Kritik der unten S. 86, Anm. 53,

Der moderne Verfassungsstaat ist ein Staat des gesetzten Rechts. Aber das System seines Rechts ist nicht lückenlos. An verschiedenen Stellen ragt in die Gegenwart altes Gewohnheitsrecht herein,[48] welches auf Anschauungen des Naturrechts und der Fiskustheorie zurückgeht.[49] So führt die Praxis einzelner deutscher Mittelstaaten den Satz, demzufolge der Untertan verpflichtet ist, den guten Zustand des Gemeinwesens nicht zu stören, auf ein unter der Herrschaft des Naturrechtes entstandenes Gewohnheitsrecht zurück.[50] In gleicher Weise hat sich in einzelnen Gebieten Deutschlands die Rechtsauffassung Bahn ge-

---

zitierten Abhandlung von Seidler). Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht. I S. 107.

[48] Nach der Badischen Gemeindeordnung (Fassung v. 18. Oktober 1910) § 118 richtet sich in den einzelnen Gemeinden die Art der Benutzung der eingeteilten Almendgüter, die Größe der Genußteile und die Art der periodischen Verteilung der letzteren bei geteilten Almendgütern, sowie die Größe der Bürgerholzabgaben nach dem unbestrittenen Zustande vom 1. Januar 1831. Übereinstimmend Badische Städteordnung § 114. Bei der Neugestaltung der Gesetzgebung wird häufig altem Gewohnheitsrechte (Herkommen) ein Vorrang vor neuem gesetztem Rechte eingeräumt. Ein interessantes Beispiel enthält die preuß. Schulordnung v. 11. Dezember 1854 § 54: „Hat sich in einem Schulbezirk durch Vertrag oder Herkommen hinsichtlich der Leistungen des Gutsherrn eine von den Grundsätzen der gegenwärtigen Schulordnung abweichende Norm gebildet, so behält es dabei . . . sein Bewenden." Vgl. dazu Entscheidungen des preuß. Ob.-Verw.-Gerichts, Bd. 55, S. 200. Das Preußische Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1. Juli 1912 § 3 hält neben den gesetzlichen Normen Observanzen aufrecht.

[49] Nicht auf diese allein. Vgl. nämlich über das Gewohnheitsrecht als Quelle des Finanzrechts (Besteuerungsrecht): Bayr. Verw.-Ger.-H. v. 18. Juli 1902 (Sammlung von Entsch. des Bayr. Verw.-Ger.-H. XXIV S. 60).

[50] So führt z. B. das Ob.-Verw.-Ger. des Königreichs Sachsen in einem Urteil vom 21. Januar 1905 aus (Jahrbücher des K. Sächs. OVG. VII S. 12): Jeder staatliche Befehl müsse einen Rückhalt an einer Gesetzesvorschrift haben. „Nur auf dem Gebiete der Polizei wird in Wissenschaft und Praxis, wie auch vom OVG. in einer Reihe von Erkenntnissen zum Ausdruck gebracht worden ist, als Folge der allgemeinen Untertanenpflicht, die gute Ordnung des Gemeinwesens nicht zu stören, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, die auf dem ungeschriebenen Rechte beruhende Befugnis der Verwaltungsbehörden anerkannt, die zum Schutze dieser Ordnung erforderlichen Verfügungen mit unmittelbarer verbindlicher Kraft für den einzelnen zu treffen."

brochen, es gebühre dem durch eine Straßenverlegung geschädigten Straßenanlieger Schadenersatz. Die Praxis versucht diesen Ersatzanspruch mit Hilfe zivilrechtlicher Formeln zu begründen. In Wahrheit liegt aber in solchen Fällen ein lokales Gewohnheitsrecht vor, das auf der naturrechtlichen Theorie von der Unverletzlichkeit der „wohlerworbenen Privatrechte" fußt.[51]

Ganz anders sind die Voraussetzungen für die Bildung neuen Gewohnheitsrechtes. Solange unter der Herrschaft einer geschriebenen Verfassung der Staat den Befehl, der einen Rechtssatz anordnet, aufrecht erhält, vermag eine abweichende Übung der Beamten oder der Volksgenossen dagegen nicht aufzukommen. Im Bereiche des öffentlichen Rechtes kann das Gesetz durch ein widersprechendes Gewohnheitsrecht nicht abgeändert werden; dem Gewohnheitsrecht fehlt gegenüber dem Gesetze die „derogatorische Kraft".[52] Wenn deshalb die Verfassungsgesetze vorschreiben, daß die Ermächtigung zu Eingriffen in Eigentum und Freiheit der Untertanen auf einem Gesetz im formellen Sinne

---

[51] Vgl. darüber unten § 17. — Weitere Beispiele oben § 5, I, Ziff. 2.

[52] Laband, Staatsrecht, II[5] S. 75. — Andrer Ansicht ein Urteil des K. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. v. 30. Mai 1907 (Jahrbücher des K. Sächs. OVG. X S. 289). Das Urteil behauptet, sogar die Vorschriften der sächsischen Verfassungsurkunde über den Weg der Gesetzgebung seien durch ein in der parlamentarischen Praxis entstandenes Gewohnheitsrecht abgeändert worden. Damit kommen aber die Garantien ins Wanken, die der Rechtstaat mit der Aufrichtung von Verfassungsurkunden eingeführt hat. Gegen diese Wirkung des Gewohnheitsrechts spricht sich auch der bayr. Verwaltungsgerichtshof aus, insbes. in einem Urteil v. 16. Feb. 1900 (Sammlung von Entsch. des bayr. Verwaltungsgerichtshofs XXI S. 103). Was als „derogierendes Gewohnheitsrecht" ausgegeben wird, ist häufig nichts anderes als eine die Gesetzesabsicht verwirklichende restriktive oder extensive Interpretation, die eine ununterbrochene Geltung erlangt hat. Ein Beispiel bringt das Schweiz. Zentralblatt f. Staats- und Gemeinde-Verwaltung IV S. 187: Die Zürcherische Gesetzgebung hat den „Festnachtag" von Weihnachten, den 26. Dezember, zum öffentlichen Ruhetag gemacht. Seit mehr als fünfzig Jahren hat jedoch die Praxis angenommen, die Vorschrift gelte in den Jahren nicht, in welchen durch die Feier des 26. Dezember drei aufeinanderfolgende Ruhetage entständen, und diese Praxis ist von den Behörden vorbehaltlos angenommen worden. In diesem Fall handelt es sich nicht um Abänderung eines Gesetzes durch Gewohnheitsrecht, sondern um eine vernünftige restriktive Auslegung des Gesetzes.

beruhen muß, so schließen sie damit die Begründung öffentlicher Pflichten durch Gewohnheitsrecht aus (vgl. unten § 8). Eine verbreitete Ansicht[53] behauptet jedoch, soweit der Gesetzgeber einen freien Raum gelassen habe, vermöge sich ein Gewohnheitsrecht zu bilden.[54] Diese Behauptung geht zu weit. Sie verkennt, daß nach der soeben angeführten Verfassungsvorschrift die Freiheit des Untertans von der Staatsgewalt, die pflichtenfreie Sphäre, vom Gesetzgeber gewollt, somit Rechtsgrundsatz ist. Eine von der Verwaltungsbehörde oder von den Untertanen betätigte abweichende Übung stellt sich daher als Gesetzesverletzung dar.[55] Sie widerspricht dem Grundsatze der gesetzmäßigen Verwaltung, auf dem der ganze moderne Rechtstaat ruht und ist daher nicht imstande, Recht zu erzeugen.

Gewohnheitsrecht vermag sich aber auch dort nicht zu bilden, wo der Gesetzgeber der Verwaltungsbehörde freies Ermessen zugestanden hat. Denn mit der Anweisung, eine Angelegenheit nach freiem Ermessen zu erledigen, beabsichtigt der Gesetzgeber, der Wandelbarkeit der Bedürfnisse Rechnung zu tragen. Diese Absicht würde vereitelt, wenn die Verwaltungsbehörde an eine

---

[53] Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preuß.-deutsche Verwaltungsrecht, S. 135ff. und die dort zitierten Autoren. Anschütz, im Preuß. Verwaltungsblatt XXII S. 86ff. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 155. Seidler, Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht auf dem Gebiet des österr. Staats- und Verwaltungsrechts (Festschrift der Wiener juristischen Fakultät für Unger, 1898) und dazu die Kritik von Otto Mayer, im Archiv für öff. Recht XIV S. 132ff.

[54] So wird in Staaten, deren Gesetzgebung über die Straßenreinigungspflicht keine besondere Vorschrift aufgestellt hat, behauptet, es könne durch Observanz die der Gemeinde obliegende Pflicht zur Straßenreinigung auf die Anlieger überwälzt werden. Vgl. die Judikatur bei Kamptz u. Delius, Rechtsprechung des Reichs- und des Kammergerichts auf den Gebieten des öffentl. Rechts, I S. 255, II S. 899; Erg.-Bd. 1906—1910 S. 108ff. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 76, S. 113. Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen. I[3] S. 380.

[55] Dies wird energisch betont in der Tübinger staatswissenschaftlichen Doktordissertation (1907) von Karl Bräuer, Die Belastung der Adjazenten mit Trottoirbeiträgen nach pfälzischem Recht (Archiv f. öffentl. Recht XXI S. 523ff.). Vgl. auch Kamptz u. Delius, Rechtsprechung d. Reichs- u. Kammergerichts, Erg.-Bd. 1906—1910 S. 109.

von ihr zu einer gegebenen Zeit zur Geltung gebrachte Anschauung dauernd gebunden bliebe.[56]

So ist auf verwaltungsrechtlichem Boden für die Entstehung von Gewohnheitsrecht zur Ergänzung des gesetzten Rechtes nur wenig Raum. Er ist dort vorhanden, wo eine gesetzliche Regelung noch nicht Platz gegriffen hat, trotzdem eine rechtliche Ordnung unabweisbar ist. Wie die Beobachtung zeigt, bildet sich solches Gewohnheitsrecht innerhalb engerer Interessentenkreise, als Observanz. Eine gewohnheitsrechtliche Norm dieser Art pflegt sich z. B. zu entwickeln dort, wo eine öffentliche Last auf einer Mehrheit von rechtlich unverbundenen physischen oder juristischen Personen ruht und es gilt, in Ermangelung einer gesetzlichen Anordnung einen Verteilungsmaßstab unter den Interessenten zu gewinnen, so z. B. in den Fällen, in denen die auf einem ganzen Interessentenverbande ruhende Wegebau- oder Wegeunterhaltungslast auf die einzelnen Verpflichteten (Gemeinden, Gutsherrschaft) verteilt werden muß.[57] In gleicher Weise regeln Observanzen nicht selten die Pflichten, die sich aus der gleichzeitigen Benutzung derselben Pfarrkirche durch zwei Gemeinden ergeben,[58] u. a. m.

Es wurde oben (§ 4) dargelegt, wie die Praxis häufig in die Lage kommt, die durch das geschriebene Recht hindurchschimmernden unausgesprochenen allgemeinen Rechtsgedanken ans Tageslicht zu ziehen. Die so gewonnenen Sätze kommen zur Anwendung, weil sie durch eine wissenschaftliche Überzeugung gestützt werden. Man denke z. B. an die Ausbildung des

---

[56] Wenn das Gesetz der Verwaltungsbehörde das Recht einräumt, zur Abwendung einer Seuchengefahr den Untertanen bestimmte sanitäre Pflichten aufzuerlegen, so ist die Behörde nicht an das gebunden, was sie 30 Jahre lang als ausreichend betrachtet hat. Sie darf jederzeit von dem Bürger neue und andersgeartete Leistungen verlangen, wenn das Gemeinwohl dies gebietet.

[57] Vgl. z. B. Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, I[3] Register verb. „Observanzen". Hans Hoffmann, die Wegebaulast in Pommern, S. 24ff. (Tübinger staatswissenschaftliche Dissertation, 1907).

[58] Beispiele bei Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kammergerichts auf den Gebieten des öffentl. Rechts I S. 156ff. Vgl. auch Urt. des bayr. Verw.-Ger.-H. v. 31. Juli 1903 (Sammlung von Entsch. des bayr. Verw.-Ger.-H. XXIV S. 583).

Rückforderungsanspruchs im öffentlichen Recht (unten § 26). Dadurch entsteht kein neues Recht. Wohl aber ist möglich, daß die gewohnheitsmäßige Betätigung eines solchen Satzes sich schließlich zum Gewohnheitsrecht verdichtet.

II. Die Regel von der Nicht-Rückwirkung der Rechtsnormen gilt grundsätzlich auch im Verwaltungsrecht.[59] Doch

---

[59] v. Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. Oberverwaltungsgerichts, Erg.Bd. 5 (bearbeitet von Genzmer S. 705). Beispiel: Eine elsässische Gemeinde hat in einem Oktroi-Reglement bestimmt, alle am Tage des Inkrafttretens des Oktroi-Reglements in der Gemeinde bei Gewerbetreibenden vorhandenen oktroipflichtigen Gegenstände müßten versteuert werden. Das Oberlandesgericht Colmar hat (1911) diese Vorschrift für ungültig erklärt, weil das Gesetz die Gemeinden nicht ermächtigt habe, den von ihnen aufgestellten Vorschriften rückwirkende Kraft beizulegen. (Rhein. Zeitschrift f. Zivil- u. Prozeßrecht IV 122.) Umgekehrt sind nach der Gesetzgebung des Königreichs Sachsen die Gemeinden befugt, einem Ortsgesetz über Einführung einer Besitzänderungsabgabe rückwirkende Kraft beizulegen. Urt. d. Kgl. Sächs. OVG. 25. November 1912 (Jahrbücher XIX 317). Zu einer Rückwirkung führt aber auch der allgemeine Grundsatz der preußischen Rechtsprechung, demzufolge für die Steuererhebung der Rechtszustand zur Zeit der Veranlagung maßgebend ist. Ist eine lokale Steuerordnung erst im Laufe eines Steuerjahres in Kraft getreten, so darf nach preuß. Praxis eine durch sie eingeführte Jahressteuer schon für die Zeit vom Beginne des Steuerjahres ab gefordert werden, sofern nur die Veranlagungen für das Steuerjahr erst nach der Verkündigung der neuen Steuerordnung vorgenommen werden. Entscheidungen des Preuß. OVG. Bd. 54, S. 135; Bd. 57, S. 175. v. Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. OVG., Erg.Bd. V S. 166. Umgekehrt dagegen ermächtigt eine nach der Veranlagung eines Pflichtigen in Kraft getretene neue gesetzliche Bestimmung nicht zu einer Nachbesteuerung des bereits rechtsgültig veranlagten Pflichtigen. Preuß. OVG. in Staatssteuersachen XV 361. S. ferner DJZ. XIV 1214. Preuß. Ob.-Verw.-Ger. v. 18. April 1893 (Entsch. Bd. 24, S. 362). Rechtsprechung des badischen Verwaltungsgerichtshofs III S. 178. Soergel IV 389. Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, 1910, S. 364 und Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 777. Thoma, Polizeibefehl I S. 440. Mit der Frage der Rückwirkung der Normen des öffentlichen Rechts beschäftigen sich insbesondere der Aufsatz von Jebens, Lex ad praeterita trahi nequit (Verwaltungsrechtliche Aufsätze S. 264 ff.) und Stier-Somlo, Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preuß.-deutsche Verwaltungsrecht S. 102 ff. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung 1913, S. 254 ff. Schultzenstein, Verwaltungsstreitverfahren und neues Recht (DJZ. XVIII 777). Die allgemeine Literatur bei Gierke, Deutsches Privatrecht I § 23. S. auch unten § 15, S. 255.

kann sich jeder neue Rechtsatz rückwirkende Kraft beilegen und bereits vorhandene, abgeschlossene Tatbestände ergreifen. Diese Wirkung tritt nicht nur ein, wenn sie ausdrücklich angeordnet ist. Es genügt, daß sie sich als gewollt aus dem ganzen Zusammenhang des neuen Rechtes ergibt. Je bedeutungsvoller ein Rechtsatz für das Gemeinwohl ist, um so eher ist die Annahme gerechtfertigt, sein Urheber habe ihn auch auf bereits bestehende Verhältnisse zur Anwendung bringen wollen.[60] Werden z. B. bestimmte bauliche Vorrichtungen als gemeinschädlich empfunden, so trifft das zu ihrer Abstellung erlassene Gesetz nicht bloß neu zu errichtende Gebäude, sondern auch die bereits vorhandenen.[61] Auch wenn ein bestehender Zustand unter der Herrschaft des alten Rechts durch einen besondern Verwaltungsakt begründet oder anerkannt worden ist, so bleibt er dadurch von einem neuen rückwirkenden Rechtsatze nicht verschont. Daraus erhellt, daß im Verwaltungsrecht der Rückwirkung ein viel breiterer Raum gegönnt ist, als im Privatrecht. Immerhin ist

---

[60] Windscheid-Kipp, Pandekten I § 32.

[61] Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, 4. Aufl., 1910, S. 382 und dort zitierte Urteile. Kamptz, Rechtspr. des Preuß. Ober-Verw.-Ger., Erg.-Bd. V (Genzmer) S. 705.— Beispiel: Die Badische Landesbauordng. v. 1907 schreibt vor (§ 5), daß ihre Vorschriften „auf Bauten, die im Zeitpunkt der Einführung der neuen Bestimmungen schon bestehen oder vollzugsreif genehmigt sind, keine Anwendung finden". Jedoch sind die Bezirksämter befugt, die neuen Bestimmungen auch auf bereits bestehende Bauten anzuwenden, „wenn die Anwendung der neuen Vorschriften über die Benutzung der Wohn- und Arbeitsräume . . . . durch die öffentlichen Interessen der Sicherheit, Gesundheit oder Sittlichkeit geboten ist." F. J. Roth, Bad. Landesbauordnung, 2. Aufl., S. 30ff. Württemberg. Neue Bauordnung vom 28. Juli 1910, Art. 17. Vgl. ferner Reichsgewerbeordnung § 120 d, Abs. 3: „Den bei Erlaß dieses Gesetzes bereits bestehenden Anlagen gegenüber können, solange nicht eine Erweiterung oder ein Umbau eintritt, nur Anforderungen gestellt werden, welche zur Beseitigung erheblicher, das Leben, die Gesundheit oder die Sittlichkeit der Arbeiter gefährdenden Mißstände erforderlich oder ohne unverhältnismäßige Aufwendungen ausführbar erscheinen." — In diesen Zusammenhang hinein gehört auch das Ofenklappenverbot des Berliner Polizeipräsidiums v. 29. Nov. 1877. Entsch. des preuß. Ob.-Verw.-Ger. Bd. 8. S. 327. Reichsgericht in Strafs. Bd. 4, S. 144. Baltz, Preuß. Baupolizeirecht S. 144. Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse S. 32.

es Auslegungsfrage, ob ein neuer Rechtsatz nur pro futuro wirken, oder auch auf vorhandene Verhältnisse Anwendung finden soll.[62]

[62] Häufig beseitigt der Gesetzgeber selbst die Zweifel. So bestimmt die Novelle zum Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 30. Mai 1908, Art. 3, die neuen Vorschriften über Herabsetzung der Altersgrenze vom 18. auf das 16. Lebensjahr, über die Erwerbung eines neuen Unterstützungswohnsitzes (1. Jahr) usf., fänden auf alle nach dem Inkrafttreten der Novelle eintretenden neuen Unterstützungsfälle Anwendung. Wohlers-Krech, Unterstützungswohnsitz, in der Anm. 2 zu § 10. — Eine Sache für sich bildet die Frage, ob und wieweit eine Verwaltungsstreitsache, die unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden ist, aber nach Einführung des neuen Gesetzes zur Aburteilung kommt, nach dem neuen Rechte zu entscheiden ist. Alles hängt hier davon ab, ob das Verwaltungsgericht im konkreten Fall berufen ist, festzustellen, was zur Zeit des Erlasses der Verfügung Rechtens gewesen ist, oder ob das Verwaltungsgericht eine selbständige materielle Entscheidung an Stelle der Verwaltungsbehörde zu treffen hat. Nur in dem letzten Fall kann von einer Rückwirkung des neuen Rechts die Rede sein. Vgl. darüber Stier-Somlo, Einwirkung des bürgerl. Rechts S. 114. Zeitschr. f. Bad. Verwaltung 1911, S. 227. Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs III S. 178—179. Kgl. Sächs.OVG. 20. März 1912 (Jahrbücher XVIII S. 289).

Zweites Kapitel.

Die Träger der öffentlichen Verwaltung.

§ 6. Staatsverwaltung und Selbstverwaltung.[1]

I. Der Staat hat überall in Deutschland für die Besorgung der Verwaltungsgeschäfte einen besonderen Apparat von Behörden und Beamten aufgestellt und das Staatsterritorium zu Verwaltungszwecken in Verwaltungsbezirke (Provinzen, Regierungsbezirke, Kreise, Amtsbezirke usw.) eingeteilt.[2] An der Spitze dieser ganzen Verwaltungsorganisation steht in den monarchischen Staaten der — an die Mitwirkung der verantwortlichen

[1] Rosin, Souveränetät, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung (Annalen des Deutschen Reichs, 1883, S. 265ff.). Hugo Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902, S. 120ff. Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts[4] §§ 8—10.

[2] E. Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 37ff. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts §§ 106 bis 141. v. Kirchenheim, Einführung in das Verwaltungsrecht, 1885, S. 134—139. Ernst v. Meier, in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft II S. 653—712 (Preußen). Hübler, Die Organisation der Verwaltung in Preußen (alte Lande) und im Deutschen Reich, 1898. Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, II S. 357, Art. „Reichsbehörden" (Laband); II[5] S. 753, Art. „Verwaltungsorganisation" (von verschiedenen Autoren). Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reich, 1912[21], §§ 18—20, 43—60. Bornhak, Grundriß des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., 1912, S. 56ff. Jerusalem, Zentralisation und Dezentralisation der Verwaltung (Handbuch der Politik I S. 179ff.). Art. „Kreis" im WB d. VerwR[2] II 655ff. Vgl. auch „Verfassung und Verwaltungsorganisation der Städte", im Auftrag des Vereins für Sozialpolitik herausgegeben, 1906ff. — Über die Verwaltungszentralisation in Frankreich: Otto Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts, S. 26—152. Hauriou, Précis de Droit administratif, 7 éd., 1911, p. 210 suiv. Berthélemy, Droit administratif[7] p. 84, 87 suiv.

Minister gebundene — Landesfürst. Die preußische Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 bringt zwei allgemein gültige Grundsätze des deutschen monarchischen Staatsrechts zum Ausdruck, wenn sie vorschreibt: „Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu“ (Art. 45). „Alle Regierungsakte des Königs bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt.“ (Art. 44.) In den Freien Städten Hamburg, Lübeck und Bremen ist der Senat die Spitze der Verwaltungsorganisation.[3]

In der Vollziehungskompetenz ist jedoch für den Monarchen und für den Senat nicht die Befugnis zur Selbstbesorgung aller Verwaltungsgeschäfte enthalten.[4] Das Gesetz hat eine Verwaltungshierarchie und ein Beamtentum geschaffen, und die einzelnen öffentlichen Ämter dieses Apparates mit bestimmten Zuständigkeiten ausgestattet.[4a] Innerhalb des vom Gesetz umschriebenen Amtsbereiches (Wirkungskreises) ist der Beamte selbständig.[5] Er bildet darin durch eigenen Willensentschluß unmittelbar Staatswillen. Die Tatsache, daß der Beamte vom Monarchen oder dem Senate ernannt worden ist, ändert daran nichts und stempelt ihn nicht zu einem bloßen Gehilfen des Fürsten oder des Senates. Denn durch die Ernennung wird lediglich eine leere Stelle in dem Organismus des Staates ausgefüllt. Die Ernennung enthält nicht eine Übertragung eines dem ernennenden Organ zuständigen Stückes

---

[3] In den Freien Städten wird die laufende Verwaltung vom Senat besorgt. Doch wirkt bei besonders wichtigen Verwaltungsakten, insbesondere finanzieller Natur, die Bürgerschaft mit. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, § 119. J. Bollmann, Verfassung und Verwaltung der freien Hansestadt Bremen, 1909, § 9. (Bibliothek des Öffentl. Rechts, herausg. von F. Scholz u. Storck.)

[4] Hugo Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902, S. 56ff.

[4a] J. Niedner, Die Geschäftsform der Behörden (Ztschr. für Politik VI 159).

[5] Eine solche Selbständigkeit besteht trotz der sogleich zu erwähnenden Subordination und der Abhängigkeit des Beamten von den Befehlen der Aufsichtsinstanz. Denn die Aufsichtsinstanz kann nur unter bestimmten, gesetzlich geordneten Voraussetzungen an Stelle des zunächst berufenen Beamten handeln. Vgl. darüber unten § 12.

Staatsgewalt auf den Beamten. Die Staatsgewalt, die in die Hände des ernannten Beamten gelangt, hängt dauernd am Amt und wird nicht von Fall zu Fall verliehen.

Trotz dieser Ämterzersplitterung bleibt die Einheit des in der Verwaltung wirkenden Staatswillens gewahrt. Dies wird erreicht durch Aufsichtsgewalt und Subordination.[6] Alle die zahlreichen Beamten sind Organe einer und derselben Person Staat. Sie sind durch Überordnung und Unterordnung in einem Instanzenzuge hierarchisch gegliedert. Der Staatswille ist umso stärker und reiner, je höher das Organ steht, das ihn zur Geltung bringt. Am stärksten und reinsten erscheint er an der Spitze des Staates. Daher gilt dem Subalternen gegenüber der Wille der höheren Instanz als kräftiger und inhaltlich besser, als der Wille der untern Instanz. Aus diesem Grund sind die obern Verwaltungsbehörden die natürlichen Beschwerdeorgane, falls das Gesetz nicht Beschwerdeinstanzen besonderer Art eingesetzt hat. Sie haben die Aufgabe, auf Anrufen eines Beteiligten hin an die Stelle einer angefochtenen erstinstanzlichen Verfügung eine eigene Entscheidung zu setzen (unten § 14). Vor allem aber beruht auf diesem rechtlichen Vorrange die Zuständigkeit der höheren Instanzen, durch Dienstbefehle den Untergebenen ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben und Verfügungen der unteren Instanzen, die dem Gesetze oder dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, von Amteswegen aufzuheben.[7] Der untergebene Beamte ist vermöge der Subordination

[6] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II S. 236ff. Preuss, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 296ff. Gerland, Über die Einheit der Polizeiverwaltung in Preußen (Archiv für öffentl. Recht XVII (1902) S. 230). Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 174ff. Vgl. auch die Ausführungen über den Begriff der „hierarchischen Gewalt" in der Verwaltung bei Hauriou, Précis de Droit administratif, 7 éd., p. 134 suiv.

[7] Das Preußische Landesverwaltungsgesetz v. 1883 schreibt in § 50 vor, nachdem es das Beschwerdeverfahren geordnet hat: „Unberührt bleibt in allen Fällen die Befugnis der staatlichen Aufsichtsbehörden, innerhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeit Verfügungen und Anordnungen der nachgeordneten Behörden außer Kraft zu setzen, oder diese Behörden mit Anweisungen zu versehen." Beispiele: Die Baupolizeibehörde hat die Erlaubnis zur Errichtung eines Gebäudes erteilt, trotzdem das Gebäude die gesetzliche Höhe überragt. Sobald dies zur Kenntnis der vorgesetzten Behörde kommt, hebt sie von Amteswegen die Bauerlaubnis auf. Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgericht, 17. Juli 1907 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. XI S. 123). Die Frage, ob die obere Behörde als erste Aufsichtsinstanz

verpflichtet, den Befehlen zu gehorchen, die von dem zuständigen Vorgesetzten innerhalb seiner Kompetenz erlassen werden.[8]

Keine juristische, sondern eine politische Frage ist es, ob der Gesetzgeber die Ämter der öffentlichen Verwaltung Berufsbeamten vorbehält, die aus dem öffentlichen Dienst ihre Lebensaufgabe machen, oder ob er neben diesen nicht-beamtete Bürger zur Besorgung öffentlicher Verwaltungsgeschäfte heranzieht.[9] Die

---

gehandelt oder aber als Beschwerdeinstanz eine zweitinstanzliche Entscheidung getroffen hat, wird von Bedeutung, wenn beim Verwaltungsgericht nur zweitinstanzliche Verfügungen angefochten werden können. Vgl. Sächs. OVG. 13. Juli 1906 (Jahrbücher IX S. 96.).

[8] Über das Prüfungsrecht des Untergebenen gegenüber Befehlen des Vorgesetzten: Laband, Staatsrecht I[5] S. 460ff. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II S. 236. Alfred Schulze, Das Reichsbeamtengesetz, 1908, S. 76. Die Aufsichtsgewalt erstreckt sich selbstverständlich nur auf Angelegenheiten, welche Verwaltungsorgane als Verwaltungsbehörden erledigen. Wenn der Verwaltungsbeamte vom Gesetze berufen ist, Verwaltungs- oder Strafrechtsprechung auszuüben oder ein strittiges Zivilrechtsverhältnis zu entscheiden (oben § 2), so ist er von Weisungen der Aufsichtsgewalt befreit. Denn die Richter sind „nur dem Gesetze unterworfen". (Gerichtsverfassungsgesetz § 1.) Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 298.

[9] Beispiel: Preußisches Landesverwaltungsgesetz v. 1883 § 4: „Zur Mitwirkung bei den Geschäften der allgemeinen Landesverwaltung nach näherer Vorschrift der Gesetze bestehen für die Provinz am Amtssitze des Oberpräsidenten der Provinzialrat, für den Regierungsbezirk am Amtssitze des Regierungspräsidenten der Bezirksausschuß, für den Kreis am Amtssitze des Landrats der Kreisausschuß ...". Die Mitglieder des Provinzialrates und des Bezirksausschusses werden zum Teil, die des Kreisausschusses ganz von Selbstverwaltungsorganen gewählt. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts S. 400ff. E. v. Meier, in Holtzendorff u. Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, II S. 644ff. Ernst Fölsche, Das Ehrenamt in Preußen und im Reich, 1911 (Abhandlungen a. d. Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausg. von Brie und Fleischmann, Heft 25). — Im Großherzogtum Baden werden die Mitglieder der Bezirksräte durch das Ministerium des Innern ernannt auf Grund einer von der Kreisversammlung für jeden Amtsbezirk des Kreises durch freie Wahl festgestellten Vorschlagsliste, welche dreimal soviel Namen enthält, als Mitglieder ernannt werden sollen. Die Vorschläge sollen auf Bewohner des Amtsbezirks fallen, die durch Kenntnisse, Tüchtigkeit und Gemeinsinn ausgezeichnet sind. Der Bezirksrat als Kollegium ist dem Bezirksamte „zur Unterstützung bei der staatlichen Verwaltung" beigegeben und ist erstinstanzliches Verwaltungsgericht. Walz, Bad. Staatsrecht S. 122.

„Laien" sind in den einzelnen deutschen Staaten in sehr verschiedenem Umfang an der Führung der öffentlichen Verwaltung beteiligt. Sie sind berufen, entweder einzeln und selbständig, oder in Kollegien in Verbindung mit den Berufsbeamten tätig zu werden. Personen, die solchergestalt „ehrenamtlich" staatliche Funktionen ausüben, besitzen eine selbständige Organkompetenz, wie die Berufsbeamten und sind wie diese den Vorgesetzten ihrer Ämter subordiniert. Der Gesetzgeber versucht durch ihre Zuziehung für die Verwaltung die praktische Lebenserfahrung von Männern nutzbar zu machen, die außerhalb der Sphäre bureaukratischer Anschauungen stehen und eine größere Unabhängigkeit nach oben besitzen, als Berufsbeamte, weil sie in der amtlichen Tätigkeit nicht ihren Lebensberuf und die Grundlage ihrer finanziellen Existenz erblicken. Wie unabhängig diese Personen aus diesen tatsächlichen Gründen auch sein mögen, so bleiben sie rechtlich doch stets dem staatlichen Verwaltungsorganismus eingegliedert.[10]

II. Eine Menge von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung werden jedoch in Deutschland nicht vom Staate, sondern von selbständigen Verbänden und Anstalten innerhalb des Staates besorgt.[11]

---

[10] Im Anschluß an Gneist bezeichnet eine verbreitete literarische Richtung diese Art der Staatsverwaltung als „Selbstverwaltung". Rosin (Annalen des Deutschen Reichs 1883, S. 305ff.) spricht hier von Selbstverwaltung in politischem Sinn. Dieser Sprachgebrauch ist m. E. nicht zu billigen.

[11] Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1886. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II §§ 55ff. Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 619ff., 635ff. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 263ff., 275ff. Hugo Preuss, Die Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland (Handbuch der Politik, I 198ff.). M. Matthias, Die städtische Selbstverwaltung in Preußen, 1911. Kormann, Grundzüge eines allg. Teils (Annalen d. Deutschen Reichs, 1911, S. 856ff.). J. Redlich, Das Wesen der österreichischen Kommunalverfassung, 1910. — Neben diesen Verbänden werden eine ganze Reihe von Aufgaben, an deren Erfüllung der Staat ein Interesse hat, von Privaten besorgt, die kraft öffentlichen Rechts in einem Pflichtverhältnis zum Staate stehen (Patentanwälte, Bücherrevisoren usf.); „Halbbeamte", wie Triepel sie nennt (H. Triepel, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf (Festschrift für Karl Binding, 1911, Bd. II S. 3ff.). Über die Lootsen: Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 74, S. 250; Bd. 79, S. 101; Bd. 81, S. 316. Neuberg, Art. „Lotsen" im WB d. VerwR² II 784.

1. Der Staat hat sich in zahlreichen Fällen darauf beschränkt, eine Verwaltungsmaterie durch Staatsgesetz zu ordnen, die Vollziehung des Gesetzes aber einem selbständigen Verband zu übertragen.[12] Ein solcher Verband wird damit berufen, an des Staates Stelle staatliche Verwaltungsaufgaben zu besorgen. Er übt öffentliche Verwaltung aus und zwar zu eigenem Rechte. Denn er besitzt von Gesetzeswegen einen Anspruch auf die Führung dieser Verwaltung.[13] Die Staatsbehörden dürfen diese nicht in ihre Hände nehmen.

Als Verbände, die mit dieser Aufgabe betraut werden können, bieten sich dem Staat in erster Linie die im Staatsgebiete vorhandenen Gemeinden und Kommunalverbände höherer Ordnung an, die als fertige Organisationen eine selbständige Existenz neben dem Staat mit einem eigenen Wirkungskreise führen. Außer ihnen haben Reichs- und Landesgesetzgebung in steigendem Maß für die Durchführung der neuen Verwaltungsaufgaben selbständige Spezialinstitutionen ins Leben gerufen und deren Organisation auf besondere Zwecke zugeschnitten: Krankenkassen[13a] und Berufsgenossenschaften der Arbeiterversicherung; Orts- und Landarmenverbände usw.[14] Man kann derartige Verbände als öffentliche Zweckverbände im weitern Sinne bezeichnen.

---

[12] Das Seitenstück im Reichsrechte: das Verhältnis der Bundesstaaten zur Reichsgewalt in den Materien des Art. 4 der Reichsverfassung. Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, I[5] §§ 11ff.

[13] Rosin, in den Annalen des Deutschen Reichs 1883, S. 273ff.

[13a] Rosin, Art. „Krankenversicherung im WB d. Verw R[2] II 641.

[14] Besonders interessant ist das Preußische Zweckverbandsgesetz vom 19. Juli 1911 (Jbch. d. öff. R. VII 135). Nach diesem können (§ 1) „Städte, Landgemeinden, Gutsbezirke, Bürgermeistereien, Ämter und Landkreise behufs Erfüllung einzelner kommunaler Aufgaben jeder Art miteinander zu Zweckverbänden im Sinne dieses Gesetzes verbunden werden, wenn die Beteiligten damit einverstanden sind". „Der Zweckverband hat die Rechte einer öffentlichen Körperschaft, sofern sämtlichen Verbandsmitgliedern für sich diese Rechte uneingeschränkt zustehen" (§ 6 Abs. 2). Durch das Zweckverbandsgesetz für Groß-Berlin vom 19. Juli 1911 (Jbch. d. öff. R. VII 138) wurden die Stadtkreise Berlin, Charlottenburg, Schöneberg, Rixdorf, Deutsch-Wilmersdorf, Lichtenberg und Spandau sowie die Landkreise Teltow und Niederbarnim „zu einem Zweckverband vereinigt, dem die Erfüllung folgender kommunaler Aufgaben obliegt: Regelung des Verhältnisses zu öffentlichen, auf Schienen betriebenen Transportanstalten mit Ausnahme der Staatseisenbahnen; Beteiligung an der Feststellung

2. Es wurde soeben erwähnt, daß der Staat kein Monopol auf die öffentliche Verwaltung besitzt. In den Gemeinden und gewissen Kommunalverbänden höherer Ordnung (württembergische Amtskörperschaften, preußische Provinzen und Kreise u. dgl.) haben sich lokale Gemeinwesen historisch entwickelt mit einem eigenen, vom Staate verschiedenen Lebenszweck.[15] Den Kern dieser Verwaltung hat überall die Verwaltung des eigenen Vermögens, die wirtschaftliche Verwaltung, gebildet. Aber in der Folge ist die Verwaltung auf die Befriedigung aller lokalen Bedürfnisse ausgedehnt worden: Anlegung von Ortsstraßen, kommunale Wasserversorgung, Feuerlöschwesen; in einzelnen Staaten auch die Handhabung der Ortspolizei u. a. m. Auf diese Weise ist im Gegensatz zum Kompetenzbereich der übertragenen staatlichen Verwaltung der Begriff eines eigenen Wirkungskreises der Kommunen entstanden, mit denen der Staatsgesetzgeber als einer gegebenen Größe zu rechnen hat.

III. Die soeben besprochenen Verbände führen das ihnen vom Staate übertragene oder zu freier Verfügung überlassene Stück öffentlicher Verwaltung durch Organe, die sie regelmäßig selbst bestellen.[16] Bei dieser Art der Geschäftsbesorgung werden

---

der Fluchtlinien- und Bebauungspläne für das Verbandsgebiet und Mitwirkung an dem Erlasse von Baupolizeiverordnungen; Erwerbung und Erhaltung größerer, von der Bebauung freizuhaltender Flächen (Wälder, Parks, Wiesen, Seen, Schmuck-, Spiel- und Sportplätze usw.)". Der Zweckverband bildet nach § 3 einen Komunalverband zur Selbstverwaltung seiner Angelegenheiten mit den Rechten einer Korporation. Er führt die Bezeichnung „Verband Groß-Berlin", sein Sitz ist die Stadt Berlin. Vgl. den Kommentar zu den beiden zitierten Gesetzen von Karl Friedrichs (1912), ferner die Aufsätze von Büchtemann und von Hue de Grais in der DJZ. XVI 258, 297. E. Wirckau, Das preuß. Zweckverbandsgesetz 1913 (Abhandlungen a. d. jur. staatswissenschaftl. Seminar d. Universität Marburg Heft 16). Vgl. ferner unten § 7.

[15] Württembergische Verfassungsurkunde vom 25. September 1819, § 62: „Die Gemeinden sind die Grundlage des Staats-Vereins." Badische Gemeindeordnung (Fassung v. 1910) § 6: „Jede Gemeinde hat das Recht, die auf den Gemeindeverband sich beziehenden Angelegenheiten zu besorgen und ihr Vermögen selbständig zu verwalten." Preußische Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 § 5.

[16] Interessenten sind in erster Linie die Mitglieder des Verbandes. Aber neben ihnen können eventuell auch interessierte Nicht-Mitglieder Organfunktionen ausüben. Dies trifft z. B. zu bei den Ortskrankenkassen

daher die Interessenten selbst entweder als Wähler der Verbandsorgane oder als Gewählte indirekt oder direkt an der Verwaltung des Verbandes beteiligt. Dies rechtfertigt es, in diesen Fällen von Selbstverwaltung zu reden.[17] Nicht der Staat verwaltet, sondern die unmittelbaren Interessenten führen öffentliche Verwaltung. Eine Verwaltung aber, die ganz oder teilweise den Händen von unabhängigen Bürgern anvertraut ist, bildet das Gegenstück zu der durch Berufsbeamte geführten staatlichen Verwaltung.[18] Die Selbstverwaltung bildet eine Schranke gegen die Omnipotenz des Staates. Sie schafft, politisch gesprochen, die Möglichkeit, die Bürger durch Beteiligung an der öffentlichen Verwaltung politisch zu schulen und ihr Interesse für öffentliche Angelegenheiten zu wecken. Mit Hilfe dieses Mittels hat die Steinsche Städteordnung vom Jahre 1808 die Erneuerung des preußischen Staates eingeleitet.[19] Die Selbstverwaltung in diesem Sinne übt im öffentlichen Leben Deutschlands die Funktion aus, die in der reinen Demokratie den sog. Volksrechten zukommt, d. h. der Mitwirkung der Aktivbürgerschaft an der

---

der Arbeiterversicherung. Mitglieder der Ortskrankenkasse sind die versicherten Arbeiter; aber die beitragspflichtigen Arbeitgeber haben neben ihnen Anspruch auf Vertretung im Vorstande und der Generalversammlung der Kasse. Reichsversicherungsordnung § 332. — Bei der Anstalt liegen die Dinge anders. Bei ihr gibt es keine Mitglieder, sondern nur Genußberechtigte. Diese brauchen nicht in den Anstaltsorganen vertreten zu sein. Doch sind wir auch bei der Anstalt von Selbstverwaltung dann zu sprechen berechtigt, wenn die Genußberechtigten in irgend einer Form an der Leitung beteiligt sind. Vgl. Reichsversicherungsordnung §§ 1351 ff.

[17] Die verschiedenen Ansichten über den Begriff der Selbstverwaltung stellt zusammen Blodig, Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff, 1894, S. 4 ff. Ferner Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, I[5] S. 102 und Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., S. 28. Hatschek, Die Selbstverwaltung, 1898 (Staats- und völkerrechtl. Abhandlungen, herausg. v. Jellinek und Georg Meyer, II, Heft 1).

[18] Darum kann in den meisten deutschen Staaten der Selbstverwaltungsverband, der glaubt, durch einen gesetzwidrigen Eingriff der Staatsgewalt in seinem Selbstverwaltungsbereich verletzt zu sein, mit einer verwaltungsgerichtlichen Klage den Schutz der Verwaltungsgerichte anrufen. Spruchsammlung 1912 der DJZ. S. 157. S. auch unten § 15.

[19] Ernst v. Meier, Die Reform der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg, 2. Aufl. bearbeitet von F. Thimme, 1912. Max Lehmann, Freiherr vom Stein, 1902—1905.

staatlichen Gesetzgebung und an der Besetzung der Staatsämter.[20] Der Staat aber gewinnt durch die Selbstverwaltung das Mittel, seine eigene Verwaltung zu dezentralisieren und durch dieses Ausschließen ganzer Stücke der öffentlichen Verwaltungstätigkeit von der staatlichen Verantwortlichkeit die staatlichen Finanzen zu entlasten.[21]

Der Staat belehnt die Selbstverwaltungsverbände zur Bewältigung ihrer Aufgaben mit Herrschaftsrecht (imperium). Sollen sie öffentliche Verwaltung richtig führen, so bedürfen sie der nämlichen Mittel, über die der verwaltende Staat verfügt.

§ 7. Die Selbstverwaltungskörper insbesondere.[1]

I. Die in den vorstehenden Erörterungen genannten nichtstaatlichen Verbände und Anstalten („Selbstverwaltungskörper")

[20] Über die Selbstverwaltung Englands: Hatschek, Englisches Staatsrecht II S. 410ff. und „Das englische Local government" (Verwaltungsarchiv IX 319). Redlich, Englische Lokalverwaltung, 1901. Koellreutter Verwaltungsrecht in England S. 26ff. England hat die gesamte örtliche Verwaltung Gemeinden, Grafschaften und Zivilverbänden übertragen und auf dieser Stufe dem Staat nur eine ergänzende Tätigkeit vorbehalten. — In Frankreich hat die zentralisierte Staatsgewalt seit der Revolution in der Selbstverwaltung einen Rivalen erblickt. Nur mit Mühe ist es mit Hilfe der Theorie vom „pouvoir municipal" gelungen, den Gemeinden ein bescheidenes Maß von Selbständigkeit zu erringen. In der Hauptsache erscheint die Selbstverwaltung mehr nur als eine durch die Wahl von Kollegialorganen vermittelte Mitwirkung der Bürger an der staatlichen Verwaltung, denn als eine Verwaltung eigener Angelegenheiten. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 277ff. Blodig, Selbstverwaltung als Rechtsbegriff, 1894, S. 82ff. Otto Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts, S. 426ff. Hauriou, Précis de Droit administratif, 7 éd., p. 140.

[21] Über Vorzüge und Nachteile der Zentralisation und Dezentralisation: Hauriou, Précis de Droit administratif, 7 éd., p. 125 suiv. Nach Hauriou ist der Hauptnachteil der Zentralisation: „elle tue la vie publique et l'esprit public des populations qui n'ont jamais à s'occuper de leurs affaires." Einer der wesentlichsten Nachteile der Dezentralisation durch Selbstverwaltung: „l'administration devient infiniment plus coûteuse." Vgl. auch Hauriou, Principes du Droit public, 472 suiv.

[1] Rosin, Öffentliche Genossenschaft S. 40ff. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II § 55ff. und der Aufsatz „Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Rechte" (Festgabe für Laband, 1908, I S. 1ff.). Kormann, Grundzüge eines allg. Teils des öffentl. Rechts S. 856ff., 863ff. (Annalen des Deutschen Reichs 1911).

sind dem Staate zur Besorgung der ihnen übergebenen oder überlassenen Verwaltungsaufgaben verpflichtet. Um ihnen diese Pflicht zu erleichtern, leistet ihnen der Staat nicht selten finanzielle Beihilfe unter dem Titel von Zuschüssen, Subventionen, Dotationen u. a. m.[1a] Das für das juristische Wesen dieser Verbände entscheidende Moment liegt aber in der Belehnung mit staatlichem Herrschaftsrecht (imperium), mit Befehlsgewalt. Von der Zweckbestimmung des einzelnen Verbandes hängt es ab, ob deren Organe diese Befehlsgewalt nur gegenüber Verbandsmitgliedern ausüben dürfen oder auch gegenüber dritten Personen. Soweit der Verband obrigkeitlich auftritt, sind die Verhältnisse zu seinen Gewaltunterworfenen dem öffentlichen Recht unterstellt.[2] Wir bezeichnen daher einen solchen Verband als einen Verband des öffentlichen Rechts.[3]

[1a] Vgl. z. B. Preuß. Gesetz, betr. die Dotation der Provinzial- und Kreisverbände, vom 30. April 1873 und das Gesetz vom 8. Juli 1875 (Anschütz-Dochow, Organisationsgesetze der inneren Verwaltung in Preußen, S. 516—518). Das Gesetz, betr. die Überweisung weiterer Dotationsrenten an die Provinzialverbände vom 2. Juni 1902 (Anschütz-Dochow, S. 535) hat den Provinzialverbänden Renten im Jahresbetrag von insgesamt 7 Mill. Mark aus den Einnahmen des Staatshaushaltes überwiesen zur Erleichterung ihrer Armenlasten und zur Unterstützung von leistungsschwachen Kreisen (Amtsverbänden) und Gemeinden auf den Gebieten des Armen- und Wegewesens sowie bei dem Bau und der Unterhaltung von Brücken. — In den meisten deutschen Staaten, in denen die Volksschulen Gemeindeanstalten sind, leistet der Staat den Gemeinden Zuschüsse zur Bestreitung des Aufwandes für die Volksschulen. Vgl. Göz, Staatsrecht des Königreichs Württemberg, S. 468—469. Preuß. Gesetz, betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen, v. 28. Juli 1906, § 18: „Im Falle des nachgewiesenen Unvermögens des Schulverbandes zur Aufbringung der Volksschullasten werden ihnen in den Grenzen der durch den Staatshaushaltsetat bereitgestellten Mittel Ergänzungszuschüsse gewährt ...“ Karl Schreiber, Beteiligung des Staates an den Volksschullasten in Preußen, 1907 (Abhandlungen aus dem Staats- und Völkerrecht, herausgegeben von Brie und Fleischmann, Heft 13).

[2] Vgl. oben S. 49. Den oben genannten Beispielen ist beizufügen, daß die Deichverbände des preuß. Rechts weitgehende Zwangsbefugnisse auch gegenüber Nichtmitgliedern besitzen. Anschütz, Handwörterbuch der Staatswissenschaften III[3] S. 462, Art. „Deichwesen“. Preuß. Wassergesetz vom 7. April 1913 §§ 294 ff. (Deichverbände).

[3] Das darf aber nicht zu dem Schlusse verleiten, das genannte Merkmal sei in allen Verbänden wieder zu finden, die der Sprachgebrauch

1. Über die juristische Form dieser Verbände ist damit noch nichts gesagt.

Ein Blick in die Gesetzgebung zeigt uns, daß sich auch auf dem Boden des öffentlichen Rechts der korporative Verband, die Korporation des öffentlichen Rechts, zur Erreichung eines Gemeinzweckes als die geeignetste Form erweist. Man denke an die politischen Gemeinden und Kommunalverbände höherer Ordnung, an die „Spezialgemeinden" (für Schulzwecke u. dgl.), an die Ortskrankenkassen (Korporationen der versicherten Arbeiter) und an die Berufsgenossenschaften der Arbeiterversicherung (Korporationen der Arbeitgeber)[4] u.a.m. Als Mitglieder erscheinen regelmäßig Einzelpersonen.[5]

verschwenderisch als öffentlichrechtliche Korporationen und Anstalten bezeichnet. Man hat zu Unrecht begonnen, als eine öffentlichrechtliche Person jede Korporation oder Anstalt zu bezeichnen, die vom Gesetzgeber durch irgendein Attribut (Beitrittszwang, erhöhter Strafschutz usw.) über die Sphäre des Privatrechts emporgehoben worden ist. Man spräche in solchen Fällen besser von „qualifizierten Korporationen" — nach dem Vorschlage von Kahl, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, I (1894) S. 340. Die Beschränkung des Ausdrucks „öffentlichrechtlich" auf die Verbände, die durch das oben im Texte genannte Merkmal ausgezeichnet sind, ist auch wegen der Anwendung des BGB. § 89 von Bedeutung. Vgl. darüber unten § 16. Über den Unterschied von privatrechtlichen und öffentlichen Verbänden s. Rosin, Öffentliche Genossenschaft S. 16ff. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 619ff. v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts I S. 452ff. Über die Verhältnisse in der Schweiz s. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. I (Zürich 1911), bearbeitet von A. Egger, S. 201ff.

[4] H. Rosin, Die neue Reichsversicherungsordnung in ihren Grundzügen (Jahrbuch d. öffentl. Rechts VI S. 1ff.).

[5] Die Mitgliedschaft kann auf freiwilligem Beitritt oder auf staatlichem Zwang beruhen. In einzelnen Genossenschaften ist die Mitgliedschaft mit bestimmten Grundstücken verbunden, so daß der jeweilige Eigentümer mit dem Erwerb des Grundstücks ipso jure Mitglied der Genossenschaft wird. Vgl. z. B. das Wassergesetz für das Königreich Sachsen v. 12. März 1909 § 104: „Zum Beitritt (zu einer öffentlichen Wassergenossenschaft) berechtigt sind alle jeweiligen Eigentümer von Grundstücken und Anlagen, denen das Genossenschaftsunternehmen zu dienen bestimmt oder Vorteil zu bringen geeignet ist. Der Beitritt erfolgt mit bestimmten Grundstücken oder Anlagen. Es begründet die Mitgliedschaft derjenigen Personen, von denen die Grundstücke oder Anlagen nach dem Beitritt erworben werden. Die Mitgliedschaft tritt mit dem Erwerb ein . . ." Gerhard Sehling, Die preußischen Wassergenossenschaften, 1912 (Abhandlungen a. d. Staats- u. Verwaltungsrecht, herausg. von Brie u. Fleischmann, Heft 28). Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 758. Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913 §§ 206ff.

Doch setzen sich einzelne Korporationen des öffentlichen Rechts selbst wieder aus juristischen Personen zusammen.[6] In der Zuerkennung öffentlichrechtlicher Persönlichkeit liegt gleichzeitig die Ausstattung mit privatrechtlicher Rechtsfähigkeit.[7]

Der mit öffentlicher Verwaltung betraute Verband kann jedoch auch als Gesellschaft (societas) organisiert sein.[8]

---

[6] Preuß. Gesetz, betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen, vom 28. Juli 1906, § 1: „.... Gemeinden (Gutsbezirke) bilden entweder einen eigenen Schulverband oder werden behufs Unterhaltung einer oder mehrerer Volksschulen zu einem gemeinsamen Schulverbande (Gesamtschulverband) vereinigt .... Gutsbezirke als Träger der Schullasten, sowie Gesamtschulverbände haben die Rechte der Körperschaften des öffentlichen Rechts." Edgar Loening, Die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen und die Schulverbände in Preußen (Jahrbuch des öffentl. Rechts, Bd. III (1909) S. 68 ff.) Ferner wurden die auf Grundlage des preuß. Zweckverbandsgesetzes v. 19. Juli 1911 errichteten Zweckverbände regelmäßig durch den Zusammenschluß von juristischen Personen (Städte, Landgemeinden usf.) gebildet. S. darüber oben S. 96. Vgl. ferner die Württ. Gemeindeordnung vom 28. Juli 1906, Art. 184: „Behufs besserer Erfüllung bestimmter dauernder Gemeindezwecke, z. B. der Herstellung von Wasserleitungen, der Unterhaltung der Nachbarschaftsstraßen, der Regelung des Feldpolizeidienstes usf. können sich mehrere Gemeinden oder Teilgemeinden desselben oder verschiedener Oberamtsbezirke und Kreise durch freiwillige, mit Genehmigung der Kreisregierung geschlossene Übereinkunft zu körperschaftlichen Verbänden vereinigen." Über Gemeindeverbände im Kgr. Sachsen: Kormann, im Jbch. d. öff. R. VII 165. — Über juristische Personen als Mitglieder einer Korporation: Gierke, Genossenschaftstheorie S. 152 ff. Deutsches Privatrecht I S. 492. Preuß. Ob.-Verw.-Ger. 2. März 1889 (Entscheidungen Bd. 17, S. 51).

[7] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II § 57 (Entstehung des Selbstverwaltungskörpers). Hubrich, Die Entstehung öffentlicher Korporationen (Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 33, S. 22 ff.). — Für alle Verwaltungsmaterien, die dem Landesrechte überlassen geblieben sind, hat das Landesrecht die Kompetenz behalten, öffentlichrechtliche Korporationen zu errichten. EG. z. BGB. Art. 82: „Unberührt bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über die Verfassung solcher Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht." Vgl. auch EG. z. BGB. Art. 83, 84. Endemann, Bürgerliches Recht I[9] S. 219 ff.

[8] Z. B. die nach § 128 der Preuß. Landgemeindeordnung v. 3. Juli 1891 errichteten Wegeverbände zwischen Gemeinden und Gutsbezirken zur Erfüllung der Wegebaulast. Durch Kgl. Verordnung kann jedoch dem Verband die juristische Persönlichkeit verliehen werden. Preuß. OVG. v. 24. Oktober 1907 (Entsch. Bd. 51, S. 252). Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl., I (1907) S. 384 ff.

Ferner aber werden wichtige Verwaltungsaufgaben durch selbständige, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete öffentlichrechtliche Anstalten besorgt.[9] Solche Anstalten werden durch den Willen des Staats oder einer Gemeinde ins Leben gerufen. Dieser Teilwille wird von der Rechtsordnung verselbständigt und zum spiritus rector der Anstalt oder — was ihr gleichsteht — der öffentlichrechtlichen Stiftung und ihres Vermögens erhoben.[10] Ein anschauliches Beispiel liefert das Recht der Arbeiterversicherung: Die Reichsgesetzgebung hat zur Durchführung

---

Rosin, Öffentl. Genossenschaft, S. 52. — Ferner können nach Gew.-O. § 104 Innungen, welche nicht derselben Aufsichtsbehörde unterstehen, zu Verbänden zusammentreten. „Die Innungsverbände haben die Aufgabe, zur Wahrnehmung der Interessen der in ihnen vertretenen Gewerbe die Innungen, Innungsausschüsse und Handwerkerkammern in der Verfolgung ihrer gesetzlichen Aufgaben sowie die Behörden durch Vorschläge und Anregungen zu unterstützen; sie sind befugt, den Arbeitsnachweis zu regeln sowie Fachschulen zu errichten und zu unterstützen." Soweit Innungsverbände für das Zivilrecht in Betracht fallen, gelten sie als Gesellschaften; sie können aber auch mit Korporationsrechten ausgestattet werden. Landmann, Gewerbeordnung, 6. Aufl., II S. 187.

[9] Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 635ff. — Es handelt sich ausschließlich um Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit. Regelsberger, Pandekten I S. 344.

[10] Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I (1885) S. 255: „Der Wille des Stifters ist personifiziert, weil er zum Träger des Stiftungsgutes gemacht ist, dieses letztere fortan nur im Sinne jenes Willens darf verwendet werden und daher auf Jahrzehnte und Jahrhunderte hinaus von ihm beherrscht und gelenkt wird." — Der Unterschied zwischen Anstalt und Stiftung beruht nur in einem äußerlichen Moment: wenn bei der Widmung eines Vermögens zu einem bestimmten Zweck die wirtschaftliche Grundlage in äußeren Einrichtungen in die Erscheinung tritt, so spricht man von Anstalt, im entgegengesetzten Fall von Stiftung. Regelsberger, Pandekten I S. 344—345. — Im alten (namentlich im mittelalterlichen) Recht wurde durch die Errichtung von Stiftungen Vorsorge getroffen für Zwecke (Armenwesen, Schulwesen), die nach der damaligen Auffassung in den Bereich der Kirche und nicht in den des Staates gehörten. Damit fiel den Organen dieser Stiftungen bis zu einem gewissen Grade die Besorgung dieser Verwaltungszweige zu. Die moderne Gesetzgebung hat jedoch die Aufgaben, denen diese Stiftungen dienten, zum größten Teil dem Staate oder den weltlichen Selbstverwaltungskörpern übertragen. Infolgedessen hat die Staatsgesetzgebung in irgendeiner Form die Erträgnisse dieser Stiftungen den Kassen derjenigen Körperschaften zugeleitet, die nach dem heutigen Recht für die erwähnten Zwecke aufzukommen haben. Sartorius, Art. „Stiftungen" in Stengels

der Invaliden- und Altersversicherung und der Angestelltenversicherung besondere, vom Reiche und den Gliedstaaten rechtlich unabhängige Versicherungsanstalten errichtet.[11]

Endlich sei darauf hingewiesen, daß aus Gründen der Krafterspannis bestehende Selbstverwaltungseinrichtungen einem zweiten Selbstverwaltungszweige dienstbar gemacht werden können. In dieser Weise hat die Landesgesetzgebung in vielen deutschen Staaten von der Errichtung besonderer Organe für die Ortsarmenverbände abgesehen und die Gemeindebehörden mit der Wahrnehmung dieser Funktionen betraut.[12]

Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Erg.-Bd. II S. 278ff. Friedberg, Lehrbuch des kathol. und evangel. Kirchenrechts, 6. Aufl. (1909) S. 552. Hans Heimberger, Die konfessionell beschränkte weltliche Stiftung und ihre Verwaltung im Großherzogtum Baden, 1907. S. 107ff. (Kirchenrechtliche Abhandlungen, herausg. von Stutz, Heft 41) und Die Veränderung des Stiftungszweckes, 1913 (Deutschrechtliche Beiträge VIII, Heft 3). Walz, Bad. Staatsrecht, S. 200. Göz, Württembg. Staatsrecht, S. 309ff. Hatschek, Städtische Anstalt und städtische Stiftung (Verwaltungsarchiv XIX 303).

[11] Reichsversicherungsordnung v. 19. Juli 1911, §§ 1326ff.; Versicherungsgesetz f. Angestellte v. 20. Dezember 1911, §§ 96ff. Rosin, Recht der Arbeiterversicherung, II S. 278ff.; Jahrbuch d. öffentl. Rechts, VI S. 57; WB d. VerwR² II 445, 447. Über die Feuerversicherungsanstalten: WB d. VerwR I² S. 776, Art. „Feuerversicherung" (v. Haag); und Kormann im Jbch. d. öff. R. VII 167 (Königreich Sachsen).

[12] Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, in der Fassung vom 30. Mai 1908, § 2: „Die öffentliche Unterstützung hilfsbedürftiger Deutscher wird, nach näherer Vorschrift dieses Gesetzes, durch Ortsarmenverbände und Landarmenverbände geübt." Wohlers-Krech, Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, 13. Aufl., 1913, S. 74. Über das Recht der einzelnen Staaten vgl. z. B. Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung II S. 172, Art. „Ortsarmenverbände". Bruck, Verfassungs- und Verwaltungsrecht von Elsaß-Lothringen III (1910) S. 177. — Ein anderes Beispiel für organisatorische Krafterspannis kennt das Staatsrecht Preußens und des Königreichs Sachsen: dem Besitzer eines selbständigen Gutsbezirks werden die Rechte und Pflichten einer Gemeinde zugewiesen. Preußische Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891, § 122: „Für den Bereich eines selbständigen Gutsbezirks ist der Besitzer des Guts zu den Pflichten und Leistungen, welche den Gemeinden für den Bereich ihres Gemeindebezirkes im öffentlichen Interesse gesetzlich obliegen, mit den hinsichtlich einzelner dieser Leistungen aus den Gesetzen folgenden Maßgaben verbunden." Schön, Recht der Kommunalverbände in Preußen, S. 339ff. Otto Mayer, Staatsrecht des

2. Staatsverwaltung und Selbstverwaltung berühren und ergänzen sich gegenseitig. Darum hat die Gesetzgebung Selbstverwaltungsverbände häufig an die staatlichen Verwaltungseinrichtungen angelehnt, ja sogar Bindeglieder zwischen beiden hergestellt.[13]

II. In der Gesamtorganisation der öffentlichen Verwaltung werden die Selbstverwaltungskörper durch zwei Merkmale charakterisiert: durch ihren Wirkungskreis und durch die Unterwerfung unter die Staatsaufsicht.

1. Sein Wirkungskreis ist jedem Selbstverwaltungskörper vorgezeichnet entweder durch die ganze historische Entwicklung, dergestalt, daß der moderne Gesetzgeber damit als mit einem gegebenen Begriffe rechnet (Gemeinden), oder durch das Staatsgesetz, das den Selbstverwaltungskörper ins Leben gerufen hat. Auf diesen besonderen Wirkungskreis ist die Organisation des Selbstverwaltungskörpers zugeschnitten. Die Schranken seiner Kompetenz sind für jeden Selbstverwaltungskörper die Grenzen seines rechtlichen Dürfens.

Königreichs Sachsen, 1909, S. 294. Art. „Gutsbezirke (selbständige)" von F. W. Schmidt und Seyffarth im WB d. VerwR² II 299, 304.

[13] Die äußerlichste Anlehnung liegt vor, wenn das Gesetz die Selbstverwaltungsbezirke mit den Staatsverwaltungsbezirken zusammenfallen läßt. (E. v. Meier in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler II S. 645. Georg Meyer-Anschütz, Staatsrecht S. 393.) Eine organische Verbindung mit der Staatsgewalt, aber auch eine Beschränkung der Selbstverwaltung, wird herbeigeführt, wenn der Staatsverwaltungsbeamte von Amteswegen dem Selbstverwaltungsorgan angehört. Vgl. z. B. die preußische Kreisordnung v. 13. Dezember 1872 § 130: „Zum Zwecke der Verwaltung der Angelegenheiten des Kreises und der Wahrnehmung von Geschäften der allgemeinen Landesverwaltung wird ein Kreisausschuß bestellt." Der Kreisausschuß besteht (§ 131) aus dem Landrate (d. h. dem staatlichen Verwaltungsbeamten) als Vorsitzendem und 6 Mitgliedern, welche von der Kreisversammlung (dem obersten Organ des Selbstverwaltungskörpers „Kreis") aus den Kreisangehörigen gewählt werden. Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung[21] §§ 54—58. — Ebenso besteht nach der Württembergischen Bezirksordnung vom 28. Juli 1906, Art. 37, der württembergische Bezirksrat aus dem Oberamtsvorstand (d. h. dem staatlichen Verwaltungsbeamten) und aus 6 Mitgliedern, welche von der Amtsversammlung (dem Organ des Selbstverwaltungskörpers „Amtskörperschaft") gewählt werden. Das Gesetz unterscheidet bei der Aufzählung der Kompetenzen des Bezirksrats Geschäfte „auf dem Gebiete der Amtskörperschaftsverwaltung" (Art. 39ff.) und Geschäfte „auf dem Gebiet der staatlichen Verwaltung" (Art. 40ff.).

a) Dies wird deutlich sichtbar bei den Selbstverwaltungskörpern, die für die Besorgung einer einzigen, genau umschriebenen Verwaltungsaufgabe (Krankenversicherung. Wegeunterhalt, Uferschutz usf.) sind gebildet worden. Doch kann eine Erweiterung ihrer Kompetenzgrenze eintreten, wenn das Gesetz es dem Selbstverwaltungsverband offen gelassen hat, neben seinen obligatorischen, noch gewisse, von vornherein bestimmte fakultative Aufgaben in seinen Bereich zu ziehen.[14] Hat der Selbstverwaltungsverband seine Tätigkeit auf solche fakultative Aufgaben ausgedehnt, so ist er verpflichtet, diese zu besorgen, wie seine obligatorischen Geschäfte.

b) Aber die kräftigsten der Selbstverwaltungskörper erfüllen nicht bloß solche Spezialaufgaben. Ihr Lebenszweck besteht in der Besorgung alles dessen, was die geschichtliche Entwicklung in Deutschland der Lokalverwaltung, im Gegensatz zur Staatsverwaltung, vorbehalten hat.

Obenan stehen die Gemeinden.[15] Sie sind historisch aus den alten Markgemeinden hervorgegangen, d. h. aus Personenverbänden, die gleichzeitig den Beruf eines örtlichen Gemeinwesens und einer ländlichen Wirtschaftsgenossenschaft (einer agrarischen

---

[14] Beispiele bilden die sog. Mehrleistungen der Arbeiterversicherung. Es können die Krankenkassen eine Erhöhung und Erweiterung der Regelleistungen zugunsten der Versicherten beschließen und auch eine über die Person der Mitglieder hinausgehende „Familienhilfe" (z. B. freie ärztliche Behandlung, freie Arznei und sonstige Heilmittel für erkrankte Familienangehörige der Kassenmitglieder). Reichsversicherungsordnung §§ 179, 187, 188, 191, 194, 198, 199, 200, 204, 205. — Fakultative Aufgaben der Gemeinden sind z. B. die Angelegenheiten, in denen der sog. Gemeindesozialismus in die Erscheinung tritt: Wasserversorgung, Schlachthäuser, Elektrizitätswerke, Arbeitlosenversicherung u. a. m. v. Blume, Art. „Gemeinden" (sozialpolit. Aufgaben), im Handwörterbuch d. Staatswissenschaften, IV³ S. 618 und Handbuch d. Politik, I S. 224.

[15] Gierke, Deutsches Privatrecht, I §§ 71ff. und die dort zitierte Literatur. Keil, Die Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen der preuß. Monarchie, 1896. Schön, Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, 1897. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, §§ 110ff. und die dort zitierte Literatur. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 275ff. Hugo Preuß, Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902. Wörterbuch d. Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, II² S. 39 Art. „Gemeinde" (von Walz, Stier-Somlo u. A.).

Produktionsgemeinschaft für die gemeinsame Ausnutzung von Wald und Weide) ausgeübt haben.[16] Die politische Seite der Markgemeinde hat sich in der modernen Stadt- und Landgemeinde fortgesetzt. Die Reste der Markgemeinde als Agrargenossenschaft haben sich in den „bürgerlichen Nutzungsrechten" erhalten, d. h. der Befugnis einer Klasse von Gemeindebürgern, bestimmte Stücke des Gemeindelandes (Wald, Äcker) für ihre individuellen Zwecke zu nutzen.[17] Die Gemeinde ist ein körperschaftlicher, auf einem bestimmten Gebiete (Gemarkung) seßhafter Verband. Sie stellt einen Typus der Gebietskörperschaft dar.[18] Gebiet und Angehörige sind begriffswesentliche Elemente der Gemeinde. Noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts beruhte die Gemeinde auf dem Verbande der Gemeindebürger (Bürgergemeinde). Der Einzelne trat in diesen Verband ein durch Geburt, Heirat oder durch Verleihung des Bürgerrechts. Die Bürgergemeinde war seine Heimat, die ihn jederzeit aufnehmen und im Falle der Hilfsbedürftigkeit unterstützen mußte, selbst wenn er ihr Jahrzehnte lang fern geblieben war. Die Gesetzgebung Preußens begann seit dem Jahre 1842 das alte Heimatrecht zu unterwühlen, indem sie die Niederlassung in allen Gemeinden des Staatsgebietes von den wesentlichsten der bisherigen Beschränkungen befreite und dem Niedergelassenen nach Ablauf einer bestimmten Zeit einen Anspruch auf Armenunter-

---

[16] Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I S. 262ff., 305ff. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts², S. 107ff.

[17] Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 605ff. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 198ff. Kamptz u. Genzmer, Die Rechtsprechung des Kgl. Preuß. OVG., I (1897) S. 667ff. Göz, Württ. Staatsrecht S. 274. Walz, Bad. Staatsrecht S. 178.

[18] Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889. — Über die Vereinigung von Gemeinden und die daran anschließenden Rechtsfragen: Mantel u. Karner, in den Blättern für administrative Praxis, Bd. 55, S. 279; Bd. 57, S. 145. Haller, in der Württemb. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, I S. 314. G. Frank, Das Eingemeindungsrecht in Württemberg, 1908 (Tübinger staatswissenschaftliche Dissertation). A. Heusler, Der Einfluß von Gemeindevereinigung auf Gemeindeschulden (Zeitschr. f. Schweiz. Recht, n. F., X [1891] S. 353). Soergel, Jahrbuch d. Verwaltungsrechts I S. 52, Nr. 925; S. 110; S. 512, Nr. 2; S. 524, Nr. 1—3; S. 556, Nr. 5. Reger, XXI 154, 199; XXII 125; XXIV 402; XXV 373, 490; XXVIII 156, 335.

stützung gegen die Armenbehörden seines Wohnsitzes gab.[19] Die Reichsgesetzgebung[20] hat sich die Grundlage des preußischen Rechts zu eigen gemacht und schrittweise dem alten Heimatrecht seinen wesentlichen Inhalt genommen.[21] Die wichtigsten An-

---

[19] Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts S. 696ff. Uhlhorn u. Münsterberg, Art. „Armenwesen" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften II³ S. 20ff. Emil Münsterberg, Die deutsche Armengesetzgebung 1887, S. 101ff.

[20] Die Entwicklung wird durch folgende Gesetze bezeichnet: Das Bundes-(Reichs)Gesetz über die Freizügigkeit, vom 1. November 1867, hat allen Deutschen das Recht eingeräumt, sich innerhalb des Reichsgebietes an jedem Orte aufzuhalten oder niederzulassen. — Nach dem Bundes-(Reichs)Gesetz über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung, vom 4. Mai 1868, bedürfen Deutsche „zur Eingehung einer Ehe oder zu der damit verbundenen Gründung eines eigenen Haushalts weder des Besitzes, noch des Erwerbes einer Gemeindeangehörigkeit (Gemeindemitgliedschaft) oder des Einwohnerrechtes, noch der Genehmigung der Gemeinde (Gutsherrschaft) oder des Armenverbandes, noch einer obrigkeitlichen Erlaubnis . . . Auch darf von der ortsfremden Braut ein Zuzugsgeld oder eine sonstige Abgabe nicht erhoben werden." — Die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, vom 21. Juni 1869, führte im ganzen Bundes-(Reichs)Gebiet die Gewerbefreiheit ein und bestimmte insbesondere (§ 13): „Von dem Besitze des Bürgerrechtes soll die Zulassung zum Gewerbebetrieb in keiner Gemeinde und bei keinem Gewerbe abhängig sein." — Endlich hat das Bundes-(Reichs)Gesetz über den Unterstützungswohnsitz, vom 6. Juni 1870 auch im Armenwesen das Wohnsitzprinzip zur Geltung gebracht. Vgl. auch Rönne-Zorn, Preuß. Staatsrecht II⁵ S. 170ff. Wohlers-Krech, Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, in der Fassung der Novelle vom 30. Mai 1908, 13. Aufl., 1913.

[21]) In Bayern ist auch nach Einführung der Reichsverfassung auf Grund eines Reservatrechts (Reichsverfassung Art. 4, Ziff. 1) das alte Heimatrecht in Geltung geblieben. Dieses hat bei Hilfsbedürftigkeit Anspruch auf Unterstützung durch die Heimatgemeinde nach Maßgabe des Gesetzes über die Armenpflege gewährt, andrerseits aber in den rechtsrheinischen Landesteilen der Heimatgemeinde des Ehemanns das Recht zugebilligt, gegen die Verehelichung aus bestimmten armenrechtlichen und polizeilichen Gründen Einspruch zu erheben. Bayerisches Ges. vom 16. April 1868 über Heimat, Verehelichung und Aufenthalt, in der Fassung vom 30. Juli 1899 (Heimatgesetz), Art. 14, 31, 32. Rehm, Quellensammlung zum Staats- und Verwaltungsrecht des Königreichs Bayern, 1907, S. 266. Vgl. über dieses bayerische Heimatrecht den Art. „Heimatrecht" von Seydel und Grassmann im WB d. VerwR² II 386. Erst das

sprüche gegen die Gemeinde (Benützung der Gemeindeanstalten, Armenunterstützung, Gewerbeausübung usw.) stehen nicht mehr bloß dem Gemeindebürger zu, sondern jedem Reichsangehörigen, der in der Gemeinde wohnt. Die Einwohnergemeinde hat der Bürgergemeinde die Mehrzahl aller Selbstverwaltungsaufgaben und Selbstverwaltungslasten abgenommen. — Über den Gemeinden hat der Gesetzgeber Kommunalverbände höherer Ordnung organisiert (Kreise und Provinzen in Preußen; Amtskörperschaften in Württemberg; Kreis-, Bezirks- und Amtsverbände in Baden usw.[22]) Sie werden regelmäßig gebildet durch Zusammenlegen mehrerer gleichartiger Gebietskörperschaften. Der Kommunalverband höherer Ordnung ist selbst wieder Gebietskörperschaft. Für seine Angehörigen besteht regelmäßig eine doppelte Mitgliedschaft: sie gehören dem unteren und dem höheren Verbande gleichzeitig an.[23] Möglich ist aber auch, daß der höhere Kommunalverband aus-

---

bayerische Gesetz v. 26. Oktober 1912 hat die Königliche Staatsregierung „ermächtigt, beim Bundesrat die Einführung des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz im Königreich Bayern zu beantragen". Blätter f. administrative Praxis, Bd. 62, S. 148. Auf Grund des bayrischen Antrags ist sodann ergangen das Reichsgesetz zur Einführung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz im Königreich Bayern vom 30. Juni 1913 (der Tag, an welchem das Reichsgesetz in Bayern in Kraft tritt, wird durch kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesrats bestimmt werden). — Auch in den übrigen Staaten Deutschlands hat das Gemeindebürgerrecht trotz Einführung des Unterstützungswohnsitzgesetzes seine Bedeutung nicht ganz eingebüßt. In den meisten Staaten ist nämlich für das Wahlrecht in Gemeindeangelegenheiten und für die Ausübung des „bürgerlichen Nutzungsrechts" der Besitz des Gemeindebürgerrechts Voraussetzung. Überdies darf die Heimatgemeinde dem Gemeindebürger aus polizeilichen Gründen den Aufenthalt weder versagen, noch entziehen. Bundesratsbeschluß v. 9. Juli 1894 (Reger XIV S. 441). Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs I[5] S. 159, Anm. 1.

[22] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II S. 383ff., insbes. 385. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 603. Genossenschaftsrecht I S. 786ff.

[23] Beispiel: Preußische Provinzialordnung für die Provinzen Ost- und Westpreußen, Brandenburg, Pommern, Schlesien und Sachsen, vom 29. Juni 1875 § 5: „Provinzialangehörige sind alle Angehörigen der zu der Provinz gehörigen Kreise."

schließlich aus niederen Selbstverwaltungsverbänden besteht.[24] Die Kommunalverbände höherer Ordnung sind gemeindeähnlich organisiert und daher dazu geeignet, alle Geschäfte der Selbstverwaltung schlechthin zu übernehmen. Gesetz oder Gewohnheit können ihnen demgemäß solche Selbstverwaltungsaufgaben übertragen, für welche die Kraft der Gemeinden nicht ausreicht.[25]

Die Geschäfte, die sich die Gemeinde — und der ihr gleichwertige höhere Kommunalverband — in einem langen geschichtlichen Prozesse als ihre Domäne erkämpft hat und die demgemäß ihren eigentlichen Lebenszweck ausmachen, bilden den eigenen Wirkungskreis der Körperschaft.[26] Der Staat besitzt aber die

[24] Beispiel: Die württembergischen Amtskörperschaften. Württembg. Verfassungsurkunde § 64: „Sämtliche zu einem Oberamte gehörige Gemeinden bilden die Amtskörperschaft." Vgl. dazu die Literatur bei Fleiner, Staatsrechtliche Gesetze Württembergs, 2. Ausgabe, 1907, S. 36.

[25] Württembergische Bezirksordnung vom 28. Juli 1906, Art. 13: „Der Amtskörperschaft kommt die Pflege der gemeinschaftlichen Interessen der Gemeinden und der Angehörigen des Bezirks zu . . ." Nach Art. 16 können von ihr insbesondere gemeinnützige Anstalten und Einrichtungen, z. B. Fortbildungsschulen, landwirtschaftliche oder gewerbliche Unterrichtskurse, Armenbeschäftigungsanstalten, Krankenhäuser, Viehversicherungskassen und dergleichen gegründet und betrieben oder durch Beiträge unterstützt werden usf., Art. 17: „Die Amtskörperschaft ist berufen, einzelne Gemeinden des Bezirks, welche infolge von Unglücksfällen oder aus sonstigen Gründen die ihnen im öffentlichen Interesse obliegenden Leistungen nicht oder nur unter Erschöpfung ihrer Kräfte zu bewerkstelligen imstande sind, in geeigneter Weise zu unterstützen."

[26] Vgl. zum Folgenden: Rosin, Öffentliche Genossenschaft, S. 92f. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II S. 423ff. Jellinek, System der subjektiven öffentl. Rechte, S. 275ff. Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 136ff. Beispiel: Preuß. Landgemeindeordnung v. 3. Juli 1891, § 5: „Landgemeinden sind öffentliche Körperschaften; es steht ihnen das Recht der Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten nach den Vorschriften dieses Gesetzes zu." Badische Gemeindeordnung (Fassung v. 1910) § 6 (s. oben S. 94). — Der bayr. VerwGH. hat am 20. Dezember 1911 (Reger XXXII 183) entschieden, daß die Übernahme der Kosten für die Errichtung eines kommunalen Krematoriums in den Selbstverwaltungsbereich der Gemeinden gehöre und daher kraft der Staatsaufsicht nicht verboten werden dürfe. Andrerseits hat das Preuß. OVG. mit Urteil vom 21. September 1886 (Entscheidungen Bd. 14, S. 76) erklärt, der Ersatz der Reisekosten an Wahlmänner (bei Landtagswahlen) gehöre nicht zu den kommunalen Aufgaben. Trotz der Selbstverwaltung darf die Gemeinde ihr Vermögen nicht zu beliebigen Zwecken verwenden.

Kompetenz, einem solchen Selbstverwaltungskörper überdies staatliche Verwaltungsgeschäfte zu übertragen. Dann handelt der Selbstverwaltungskörper im Auftrag und Interesse des Staates. Man spricht in solchen Fällen von einem übertragenen Wirkungskreis. Eine derartige Delegation bedarf stets der gesetzlichen Grundlage. Andrerseits erlangt dadurch der Selbstverwaltungsverband ein Recht auf diese Vertretung. Die übertragenen Kompetenzen sind ihm nicht bloß precario verliehen. Der Verband ist verpflichtet, die ihm zugewiesenen Geschäfte durch seine Beamten besorgen zu lassen und den Aufwand aus eigenen Mitteln zu bestreiten.[27] In dieser Weise kann den Gemeinden die Wahrnehmung von standesamtlichen, von richterlichen und polizeilichen Funktionen übertragen sein.[28] Die Grenze zwischen dem eigenen und dem übertragenen Wirkungskreis ist unsicher und für jeden Staat an Hand der historischen Entwicklung besonders zu bestimmen. Die Ortspolizei gehört in Württemberg und einigen kleineren Staaten (Braunschweig, Sachsen-Weimar, Sachsen-Koburg-Gotha, Schwarzburg-Sondershausen) und ferner in Österreich zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden.[29] In Preußen, Bayern, Sachsen, Baden usw. übt dagegen die Gemeinde die Ortspolizei in staatlichem Auftrag aus.[30]

---

[27] Thoma, Polizeibefehl im Bad. Rechte I S. 154ff.

[28] Nach dem Reichs-Personenstandsgesetz v. 6. Februar 1875, §§ 4ff. haben in den Standesamtsbezirken, die den Bezirk einer Gemeinde nicht überschreiten, Gemeindeorgane die standesamtlichen Geschäfte zu besorgen. — Ein interessantes Beispiel enthält ferner das badische Ausführungsgesetz zur Reichsgrundbuchordnung, 1899, § 3: „In Gemeinden von mehr als 10 000 Einwohnern kann durch Gemeindebeschluß mit Genehmigung der Ministerien der Justiz und des Innern das Grundbuchamt als Gemeindeamt errichtet werden.“ — Vgl. ferner den Vorbehalt zu Gunsten der Gemeindegerichtsbarkeit im GVG. § 14, Ziff. 3. A. Hegler, Das Gemeindegerichtsverfahren in Baden und Württemberg, 1910 u. WB d. VerwR² II 156.

[29] Jellinek, System d. subjekt. öffentl. Rechte, S. 276. Vgl. z. B. für Württemberg: Württbg. Gemeindeordnung v. 1906, Art. 194. Göz, Württembg. Staatsrecht, S. 311.

[30] Jellinek, System, S. 276. Jolly, Art. „Gemeindeverwaltung“ in Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts I 546. Preußen: Rönne-Zorn, Preuß. Staatsrecht II S. 645. Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 215ff. Bayern: v. Seydel, Bayer. Staatsrecht II S. 19ff. Die bayrische Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins,

Es steht in der Macht des Gesetzgebers, die Grenze zwischen dem eigenen und dem übertragenen Wirkungskreis zu verschieben. Auch ist ferner zu beachten, daß sich zwischen reiner Staatsverwaltung und Gemeindeverwaltung im übertragenen Wirkungskreis Übergänge und Zwischenstufen entwickeln können. Dies namentlich in den Fällen, in denen der Staat den Gemeinden die Kosten für die Durchführung einer Aufgabe ganz oder teilweise aufbürdet, ihnen aber dafür einen Anteil an der Verwaltung einräumt. Einen Beleg bildet die rechtliche Stellung der Volksschulen in den deutschen Staaten. In Baden gelten die Volksschulen als Staatsanstalten, die Volksschullehrer als Staatsbeamte; aber die Gemeinden tragen zu einem Teil die Schullasten, üben die örtliche Schulaufsicht aus und ernennen ausnahmsweise — nämlich in den sog. Städteordnungsstädten — die Volksschullehrer.[31] In Württemberg ist in einer langen historischen Entwicklung die Volksschule Gemeindeanstalt geworden,[32] doch weisen zur Stunde noch zahlreiche Züge (Ernennung der Volksschullehrer durch eine Staatsbehörde usw.) auf den staatlichen Ursprung hin.[32a] In Preußen hat das Allgemeine Landrecht vom Jahre 1794 (II 12 § 1) Schulen und Universitäten als „Veranstaltungen des Staates" erklärt, aber die mit der Steinschen Städteordnung (1808) anhebende Entwicklung hat die Rechte und Pflichten der Gemeinden gegenüber dem Volksschulwesen

---

v. 29. April 1869, unterscheidet in dem Wirkungskreis des Magistrats scharf zwischen „eigentlichen Gemeindeangelegenheiten" und „Polizei- und Distriktsverwaltung". Sachsen: von der Mosel: Handwörterbuch des sächs. Verwaltungsrechts, Art. „Ortsobrigkeit", „Polizeibeamte". Baden: Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S. 144ff. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 188, 300. Das badische Gemeinderecht, 1912 ff., S. 44 ff. — Über die Übertragung der Ortspolizei auf staatliche Behörden in diesen Städten s. unten S. 115, Anmerk. 42.

[31] Bad. Schulgesetz vom 7. Juli 1910, §§ 7—10, 117 f., 126. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 434ff. und Jahrbuch d. öffentl. Rechts, V S. 532 ff., insbes. 540—542.

[32] E. Ruck, Das Verhältnis von Kirche und Volksschule in Württemberg, Tübinger Dissertation, 1907, S. 86. Göz, Württembg. Staatsrecht, S. 466.

[32a] Insbesondere unterstellt das württembergische Gesetz betr. die Rechtsverhältnisse der Volksschullehrer, v. 10. Juli 1912, die Volksschullehrer dem Gesetze über die Staatsbeamten.

erheblich erweitert.[33] Bei der Entscheidung der Frage, ob die Volksschule Staatsanstalt oder Gemeindeanstalt sei, darf nicht auf ein einziges Moment abgestellt werden, z. B. darauf, ob der Beamte von einer Staats- oder aber von einer Gemeindebehörde angestellt worden ist.[34] Maßgebend bleibt allein, zu welchem Kreise (Staat oder Gemeinde) die Organfunktionen des Beamten gehören.[34a] Dies aber läßt sich nur bestimmen an Hand der historischen Entwicklung und der ganzen geltenden Schulgesetzgebung des einzelnen Staates.

Die Verwaltungsgeschäfte des „übertragenen Wirkungskreises" sind der Gemeinde als solcher übertragen. Sie führt sie mit ihren eigenen Gemeindebeamten; für den Gemeindebeamten ist es gleichgültig, ob er eigene Angelegenheiten der Gemeinde oder übertragene staatliche Geschäfte besorgt. Er bleibt auch im „übertragenen Wirkungskreis" Organ der Gemeinde und ist

---

[33] Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 235ff., 251. Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Schulgesetzgebung", „Schulunterhaltung", II S. 421, 426. Anschütz, Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, I (1912) S. 364ff. Gradenwitz, im Preuß. Verw.Bl. XXXV 21. Preuß. OVG 20. Mai 1913 (ebendaselbst XXXV 28).

[34] Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 208ff. — Das Normale ist die Anstellung des Beamten durch einen Willensakt der Korporation, deren Organ der Berufene werden soll. Das ist ein naturale des Verhältnisses, aber kein essentiale. Denn relevant ist nur, daß eine Korporation Organe habe; wer diese Organe beruft, ist eine Frage für sich. Der bayrische Verwaltungsgerichtshof behauptet, die aus Gemeindemitteln unterhaltenen städtischen Realschulen und pfälzischen Volksschulen seien in „finanzrechtlicher Beziehung" Gemeindeanstalten, in allen übrigen Beziehungen aber Staatsanstalten. Urt. v. 28. Okt. 1896 und 24. April 1901 (Sammlung von Entscheidungen des Kgl. bayr. Verwaltungsgerichtshofs XVIII S. 38, XXII S. 131). Eine solche Unterscheidung löst die Frage nicht; die Schwierigkeit wird einfach umgangen.

[34a] Die Frage wird vor allem bedeutungsvoll, wenn es sich um die Beurteilung des Bedenkens handelt, ob der durch ein Verschulden eines Volksschullehrers (mangelhafte Beaufsichtigung der Schulkinder u. dgl.) Geschädigte seine Schadenersatzklage gegen die Gemeinde oder aber gegen den Staat (s. unten S. 265) zu richten hat. Für das preuß. Recht Reichsgericht i. Civils. Bd. 80, S. 338. Anschütz, Preuß. Verfassungsurkunde I S. 418fg. W. Rau, Haften in Preußen der Staat oder die Gemeinden für die von Volksschullehrern in Ausübung öffentlicher Gewalt begangenen Amtspflichtverletzungen? Heidelberg. Dissertation 1913.

grundsätzlich nur den höheren Gemeindeorganen subordiniert. Die Bezeichnung der Gemeindebeamten als „mittelbare Staatsbeamte" wird, wo das Verhältnis rein durchgeführt ist, den Tatsachen nicht gerecht.[35] Allein das Gesetz kann die Selbstverwaltung durchbrechen und die Gemeindebeamten, soweit sie Geschäfte des übertragenen Wirkungskreises besorgen, direkt den Staatsbehörden unterwerfen.[36] Der Gemeindebeamte wird dadurch ein Glied der staatlichen Behördenorganisation: mittelbarer Staatsbeamter im alten Sinn.[37] An die Stelle der Staatsaufsicht über den Selbstverwaltungskörper tritt dann die staatliche Dienstgewalt über den Gemeindebeamten selbst.[38] Aber dieser bleibt Organ der Gemeinde, und darum haftet die Gemeinde dem Dritten, der durch die Tätigkeit des Beamten im übertragenen Wirkungskreis geschädigt worden ist.[39] So hat z. B. die preußische, die sächsische, die bayrische Gesetzgebung die örtliche Polizeiverwaltung nicht der Gemeinde als solcher, sondern den vom Gesetzgeber genau bezeichneten Gemeindeorganen (Bürgermeister, Magistrat usw.) übertragen und diese für den erwähnten Bereich der staatlichen Behördenorganisation eingegliedert.[40] Dasselbe Verfahren hat der Gesetzgeber bei der

---

[35] Vgl. darüber Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 158ff. Preuß, Städt. Amtsrecht, S. 118, 151.

[36] Preuß, Städt. Amtsrecht, S. 138ff.

[37] Preuß, Städt. Amtsrecht, S. 230. Die mittelbaren Staatsbeamten bilden das Seitenstück zu den mittelbaren Reichsbeamten, d. h. Landesbeamten, die von den Bundesstaaten angestellt werden (Post-, Telegraphenbeamte), jedoch den Anordnungen des Kaisers Folge zu leisten verpflichtet sind (Reichsbeamtengesetz § 1). Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz, S. 36—37. Vgl. dazu F. Giese, Der Beamtencharakter der Direktoren und Oberlehrer an den nicht vom Staate unterhaltenen höheren Lehranstalten in Preußen, 2. Aufl., 1912. Ferner die Gutachten von Zorn und von Laband im Preuß. Verw.-Bl. XXXI 537.

[38] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II S. 425: „Von einem Wirkungskreis der Gemeinde ist demnach überhaupt nicht die Rede, sondern nur von einem besonderen Wirkungskreis ihrer Beamten." Der Satz gilt nicht allgemein. Vgl. für das badische Recht: Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 145, 175. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 300.

[39] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II S. 425.

[40] Preuß. Gesetz über die Polizeiverwaltung, vom 11. März 1850, § 1: „Die örtliche Polizeiverwaltung wird von den nach den Vorschriften der Gemeindeordnung dazu bestimmten Beamten (Bürgermeistern, Kreis-

Übertragung andrer staatlicher Geschäfte eingeschlagen (standesamtlicher Funktionen,[41] Funktionen der sog. gerichtlichen Polizei u. a. m.) So eng aber auch die Geschäfte des übertragenen Wirkungskreises mit der Gemeindeorganisation verbunden sein mögen, so können doch nach den meisten Gesetzen viele von ihnen unter bestimmten Voraussetzungen durch einfache staatliche Verordnung abgelöst und Staatsbehörden übertragen werden.[42]

---

amtmännern, Oberschulzen) im Namen des Königs geführt, vorbehaltlich der in § 2 des gegenwärtigen Gesetzes vorgesehenen Ausnahme. — Die Ortspolizeibeamten sind verpflichtet, die ihnen von der vorgesetzten Staatsbehörde in Polizeiangelegenheiten erteilten Anweisungen zur Ausführung zu bringen . . ." Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 215ff. Anschütz, im Verwaltungsarchiv VI S. 606ff. Gerland, im Archiv für öffentl. Recht XVII S. 230ff.

[41] Vgl. z. B. Reichs-Personenstandsgesetz von 1875 § 4: „In den Standesamtsbezirken, welche den Bezirk einer Gemeinde nicht überschreiten, hat der Vorsteher der Gemeinde (Bürgermeister, Schultheiß, Ortsvorsteher oder deren gesetzlicher Stellvertreter) die Geschäfte des Standesbeamten wahrzunehmen."

[42] Sofern die Handhabung der Ortspolizei grundsätzlich dem Staate zusteht, aber zur Ausübung den Gemeinden übertragen ist (s. oben S. 111), kann der Staat auch ermächtigt sein, sie durch eigene Organe zu besorgen. Dies trifft z. B. zu in Preußen und Baden; in den größeren Städten dieser Staaten sind für die Verwaltung der Ortspolizei staatliche Polizeistellen errichtet (in Preußen: Polizeipräsidien, Polizeidirektionen). Vgl. z. B. Preußisches Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850, § 2: „In Gemeinden, wo sich eine Bezirksregierung, ein Landgericht befindet, sowie in Festungen und in Gemeinden von mehr als 10 000 Einwohnern, kann die örtliche Polizeiverwaltung durch Beschluß des Ministers des Innern besonderen Staatsbeamten übertragen werden. Auch in anderen Gemeinden kann aus dringenden Gründen dieselbe Einrichtung zeitweise eingeführt werden." Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung II² S. 280, Art. „Polizeibehörden". Hue de Grais, Handbuch d. Verfassung und Verwaltung, [21] § 221. Über solche Städte mit staatlicher Polizeiverwaltung: Rönne-Zorn, Preuß. Staatsrecht II S. 645. Giese im Jbch. d. öff. R. VII 142. Für Baden: Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S. 145 ff., 174. Jellinek, System, S. 276, Note 1. In Preußen hat das Polizeikostengesetz v. 3. Juni 1908 dem Staate die „unmittelbaren" Kosten auferlegt, die aus der Handhabung der Ortspolizei durch staatliche Beamte in solchen Städten entstehen, aber die Städte haben daran ein Drittel beizutragen. Anschütz im Jahrbuch d. öffentl. Rechts III (1909) S. 455ff. Im Großherzogtum Baden fehlt eine allgemeine Rechtsnorm über eine solche Beitragspflicht. Infolgedessen dürfen diesen Städten Kosten der durch Staatsorgane geführten Polizeiverwaltung nur soweit belastet

Die Kompetenz zur Selbstverwaltung schließt nicht von Rechtswegen die Zuständigkeit zur Selbstgesetzgebung, die Autonomie über alle zur Selbstverwaltung gehörenden Angelegenheiten in sich (oben § 5).[43] Das Staatsgesetz bestimmt die Schranken, bis zu denen ein Selbstverwaltungskörper seine eigene Organisation ausgestalten und über die seiner Verwaltung unterstehenden Materien Rechtsvorschriften in einer Satzung (Statut, Ortsgesetz) aufstellen darf. Der Selbstverwaltungskörper besitzt auch hier Gewalt nur über seine Mitglieder. Er kann deshalb Rechtssätze, die über den Kreis seiner Mitglieder hinaus gelten sollen, nur vermöge ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung schaffen.[44]

2. Die Selbstverwaltungskörper stehen unter der Aufsicht des Staates.[45] Der Staat wacht darüber, einerseits daß sie

---

werden, als besondere Gesetze (Polizeistrafgesetz, Wassergesetz usf.) dies ausdrücklich anordnen. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I 166ff. Walz, Bad. Staatsrecht 301 und „Das badische Gemeinderecht" S. 188ff. Unrichtig: Urteil des Bad. Verwaltungsgerichtshofs vom 22. März 1910 (Zeitschrift f. badische Verwaltung 1910, S. 155); Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs I11 S. 357—362. Wenn der Staat besondere Staatsbehörden mit der Handhabung der Ortspolizei betraut, so gewinnt aus dem soeben erwähnten finanziellen Grund die weitere Frage Bedeutung, welche Angelegenheiten als „ortspolizeiliche" zu betrachten sind. Gehören die Kosten für die Zwangsheilung geschlechtskranker Dirnen zu den finanziellen Lasten der Ortspolizei oder hat der Armenverband dafür aufzukommen? Die Praxis des Kgl. Sächsischen OVG. rechnet diese Kosten zu den Kosten des Armenwesens, das Bundesamt für Heimatwesen erblickt dagegen in ihnen rein polizeiliche Kosten. Jahrbücher d. Kgl. Sächs. OVG. Bd. 17, S. 50; Blüher im Preuß. VerwBl. XXXIV 118. Wohlers-Krech, Reichsgesetz über d. Unterstützungswohnsitz[13] S. 112; Walz, Bad. Gemeinderecht S. 193. Kamptz und Genzmer, Rechtsprechung des Preuß. OVG. I S. 529ff. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 77 S. 194 (Seuchenbekämpfung). Preuß. VerwBl. XXXIV 509 (Unterbringung von Irren).

[43] Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 142ff. (Die autonomische Satzung.) Rosin, Öffentl. Genossenschaft, S. 181ff. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S. 351ff., 451ff. Kinne, Die Autonomie der Kommunalverbände in Preußen, 1908. Preuß, Städt. Amtsrecht, S. 154ff. 367ff. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 188.

[44] Vgl. oben S. 80.

[45] Zum Folgenden sind vor allem zu vergleichen die Darstellungen von Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 652ff. und von Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen S. 296ff. (Preuß hat den Unterschied zwischen Staatsaufsicht und Subordination besonders klar erörtert). Markull, Art. „Staats-

ihren Wirkungskreis, den eigenen wie den übertragenen, nicht überschreiten, andrerseits daß sie ihre Lebensaufgaben erfüllen und sie jeder Zeit, insbesondere auch nach der finanziellen Seite hin, wahrzunehmen in der Lage sind.[46] Die zuständigen Staatsbehörden haben diese Aufsicht ununterbrochen und von Amteswegen, nicht erst auf Beschwerde hin, zu betätigen. Allein sie sind dabei an feste gesetzliche Rechtsnormen gebunden. Die Staatsaufsicht bezweckt in erster Linie, nach den angegebenen Richtungen eine Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der Handlungen des Selbstverwaltungskörpers herbeizuführen. Sie kann aber auch berufen sein, gewisse Akte der Selbstverwaltung auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu prüfen.[47]

Kraft der Aufsichtsgewalt des Staats besitzen die Staatsbehörden von Rechtswegen die Befugnis, sich durch eigenen Einblick Kenntnis zu verschaffen von der Tätigkeit der Selbstverwaltungskörper. Im übrigen hat der Gesetzgeber die Staatsaufsicht mit abwehrenden (repressiven) und mit vorbeugenden (präventiven) Mitteln ausgestattet. Im Polizeistaat stand die Prävention im Vordergrund; das moderne Recht hat das Schwergewicht auf die Abwehr gelegt. Das umfassendste Mittel der Abwehr bildet die Kompetenz der staatlichen Aufsichtsbehörde, gesetzwidrige Akte des Selbstverwaltungskörpers zu beanstanden

---

aufsicht" (über Gemeinden) im WB d. VerwR² II 155 und die Art. „Gemeindeorganisationen" (Staatsaufsicht) daselbst II² 55 ff. Otto Mayer II § 59. Rosin, Öffentl. Genossenschaft, S. 102ff. Schön, Recht der Kommunalverbände in Preußen, S. 9 ff., 336 ff. Walter Schönborn, Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht (Heidelberger Doktordissertation) 1906. Walz, Bad. Gemeinderecht S. 385 ff., 388. Laband, Staatsrecht I⁵ S. 107. Georg Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht, S. 391. Keil, Preuß. Landgemeindeordnung, S. 376.

[46] Vgl. z. B. Württembg. Gemeindeordnung von 1906, Art. 186: „Die Ausübung der Aufsicht der Staatsbehörden über die Gemeindeverwaltung beschränkt sich . . . . darauf, daß 1. die gesetzlich den Gemeinden zustehenden Befugnisse nicht überschritten, 2. die gesetzlich den Gemeinden obliegenden öffentlichen Verbindlichkeiten erfüllt und 3. die gesetzlichen Vorschriften über die Geschäftsführung bei der Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten, insbesondere des Gemeinde- und Stiftungsvermögens beobachtet werden."

[47] Z. B. bei der Bestätigung von Wahlen der Selbstverwaltungsbeamten, bei der Genehmigung von Ortsstatuten usw.

und die Selbstverwaltungsorgane dadurch zu ihrer Zurücknahme zu veranlassen, oder die erwähnten Akte von Staatswegen aufzuheben.[48] Über einen weiteren Behelf verfügt die Staatsbehörde in der sog. Zwangsetatisierung (Zwangseinschreibung): die Staatsbehörde schreibt die erforderliche Summe für die Erfüllung einer von dem Selbstverwaltungskörper übergangenen Aufgabe zwangsweise in dessen Wirtschaftsplan ein und zwingt dadurch den Selbstverwaltungskörper die Angelegenheit an die Hand zu nehmen.[49] Die ultima ratio bilden nach einigen Gesetzgebungen die Maßregeln, durch die die Staatsaufsicht saumselige Mitglieder der Selbstverwaltungsorgane aus ihren Ämtern entfernt und Neuwahlen veranstaltet.[50] Einen noch schärferen Eingriff enthält die Ausschaltung der normalen Selbstverwaltungsorgane und die Übertragung ihrer Funktionen auf einen staatlichen Kommissar.[51] Neben allen diesen Mitteln bleibt für die

---

[48] Die Württembg Gemeindeordnung v. 1906 gibt in Art. 187 die gemeine Auffassung wieder: „Beschlüsse oder Anordnungen der Gemeindebehörden, welche mit den Gesetzen oder den auf Grund der Gesetze erlassenen allgemeinen Vorschriften im Widerspruch stehen, sind — vorbehältlich der in Art. 195 über das Beschwerderecht getroffenen Bestimmungen — durch das Oberamt, gegenüber den großen und mittleren Städten durch die Kreisregierung außer Wirkung zu setzen, wenn sie nicht von der Gemeindebehörde selbst binnen einer angemessenen Frist zurückgenommen werden. Erforderlichenfalls ist deren Vollzug sofort zu untersagen. — Wenn der Beschluß nur eine Benachteiligung einzelner enthält, kann er nur auf rechtzeitig erhobene Beschwerde außer Wirkung gesetzt oder abgeändert werden." Badische Gemeindeordnung § 181, Absatz 4.

[49] Jebens, Verwaltungsrechtliche Aufsätze, 1899, S. 28ff. Schön, Recht der Kommunalverbände, S. 337ff. — Die sog. Zwangseinschreibung greift nur Platz, wenn der Selbstverwaltungsverband eine ihm gesetzlich obliegende, im öffentlichen Recht begründete Pflicht nicht erfüllt. Ob der Selbstverwaltungskörper zivilrechtliche Verpflichtungen irgend welcher Art zu erfüllen hat, hat nicht die Verwaltungsbehörde, sondern der Zivilrichter zu entscheiden. Preuß. OVG. v. 10. März 1888 (Entsch. Bd. 16, S. 218). Württemberg, Gemeindeordnung v. 1906, Art. 188.

[50] Zulässig z. B. in den alten preuß. Provinzen, in Schleswig-Holstein, Hessen-Nassau, Großherzogtum Hessen, Sachsen-Meiningen, Braunschweig.

[51] Dies bestimmte z. B. das Württembg. Ges. v. 24. Jan. 1855, betr. die Handhabung der Staatsaufsicht über verwahrloste Gemeinden. Gaupp-Göz, Württbg. Staatsrecht, 1904, S. 233. Die Gemeindeordnung

Staatsbehörde die Möglichkeit bestehen, durch Verhängung von Ordnungsstrafen gegen gesetzwidrig handelnde Organe des Selbstverwaltungskörpers einzuschreiten und diese zu gesetzmäßigem Handeln anzutreiben.

Die vorbeugenden Aufsichtsmittel begründen nach bestimmten Richtungen eine Vormundschaft des Staates über die Selbstverwaltungskörper. Dies gilt namentlich für alle jene Fälle, in denen ein Beschluß des Selbstverwaltungskörpers der Genehmigung der Staatsbehörde bedarf: Aufnahme von Anleihen; Veräußerung von Liegenschaften, die einen bestimmten Wert übersteigen usw. Erst durch die staatliche Genehmigung kommt ein rechtsgültiger Beschluß zustande. Dieselbe Erscheinung liegt vor, wenn die Wahl der obersten Selbstverwaltungsbeamten[52] oder wenn autonomische Satzungen der staatlichen Bestätigung bedürfen.[53] In allen diesen Fällen wird die körperschaftliche Willens- und Handlungsfähigkeit durch den übergeordneten Staat eingeschränkt. Diese Einschränkung kann von größerem oder geringerem Umfang sein, je nachdem die Staatsbehörde bei der Erteilung oder Versagung der Genehmigung ihr freies Ermessen walten lassen darf oder lediglich zu prüfen hat, ob der Beschluß des Selbstverwaltungskörpers mit dem Rechte im Einklang steht.[54] Der genehmigte Akt bleibt ein Akt des Selbst-

---

v. 1906 hat das Gesetz v. 1855 aufgehoben; heute beschränkt sich der Staat darauf, die Gemeindeorgane durch Disziplinarstrafen zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten. — In den meisten Provinzen Preußens kann die Gemeindevertretung durch Kgl. Verordnung aufgelöst und bis zur Neuwahl eine Verwaltung der Gemeinde durch den Kreisausschuß angeordnet werden. Markull im WB d. VerwR² II 59.

[52] Georg Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht, S. 392. Preuß, Städt. Amtsrecht S. 169ff. Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Bestätigung der Kommunalbeamten", Bd. I² S. 284.

[53] Wenn die staatliche Aufsichtsbehörde nach freiem Ermessen befinden darf, ob sie ein Ortsstatut genehmigen will, so ist insoweit ihre Entscheidung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen. Kgl. Sächs. OVG. 15. April 1908 (Jahrbücher XII S. 193 und die dort zitierten Autoren).

[54] Württemberg. Gemeindeordnung v. 1906, Art. 8 Absatz 3: „... Der Bezirksrat hat das Recht und die Pflicht, den Vollzug solcher Gemeindesatzungen dann zu untersagen, wenn sie mit dem Gesetz in Widerspruch stehen oder die Rechte Dritter verletzen oder das öffentliche Wohl schädigen usw." S. auch Art. 195, Absatz 2.

verwaltungskörpers.[55] Seine Mängel werden durch die staatliche Genehmigung nicht geheilt.[56]

Zu einer Einmischung in den Selbstverwaltungsbereich führt die Staatsaufsicht in den Fällen, in denen der Staat Selbstverwaltungsbeamte direkt ernennt. Allein selbst dadurch werden diese Beamten nicht Staatsbeamte; ihre Organfunktionen gehören dem Selbstverwaltungskörper an, und das allein entscheidet.[57]

Gegen eine Überspannung der Staatsaufsicht genießt der Selbstverwaltungskörper nach den Gesetzen der meisten deutschen Staaten verwaltungsgerichtlichen Schutz.[58] Wie die Einzelperson, so besitzt der Selbstverwaltungskörper die Macht, seine Freiheitssphäre gegen gesetzwidrige Eingriffe des Staates, namentlich auch durch Anrufung der Verwaltungsgerichte, zu verteidigen.

---

[55] Das staatlich genehmigte Ortsstatut bleibt Gemeindesatzung; der staatlich bestätigte Ortsvorsteher bleibt Gemeindebeamter. Die staatliche Genehmigung ist jedoch im Zweifel eines der Erfordernisse zur Rechtsgültigkeit des Gemeindebeschlusses. Entscheidungen d. Preuß. OVG. Bd. 54, S. 128. Walz, Bad. Gemeinderecht S. 395. Erst von der Erteilung der Genehmigung an liegt ein gültiger und vollziehbarer Gemeindebeschluß vor; die Genehmigung wirkt daher in dubio nicht zurück. Walz, Bad. Gemeinderecht S. 395. Hat aber ein Gemeindebeschluß (z. B. ein Ortsstatut über Anliegerbeiträge) einen bestimmten Termin angesetzt, von dem an Leistungen fällig sein sollen, so enthält die spätere, staatliche Genehmigung des Gemeindebeschlusses auch eine Bestätigung dieser Vorschrift. Vgl. oben S. 81.

[56] Die staatliche Genehmigung einer Gemeindesteuerordnung vermag solchen Bestimmungen, die gegen das Gesetz verstoßen, keine Gültigkeit zu verleihen. Preuß. OVG. 26. Mai 1908 (Preuß. Verw.-Bl. XXX 307). RG. in Zivilsachen v. 5. Mai 1882 (Entscheidungen Bd. 7, S. 230). — Das von der staatlichen Aufsichtsbehörde bestätigte, formell rechtsgültig zustande gekommene Ortsstatut hat der Richter (Zivil-, Straf-, Verwaltungsrichter), bevor er es anwendet, auf seine Übereinstimmung mit dem Gesetze zu prüfen, ohne Rücksicht auf die Staatsgenehmigung. Preuß. Oberverwaltungsgericht v. 3. November 1897 (Entscheidungen Bd. 32, S. 122).

[57] Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 208ff.

[58] S. die Zusammenstellung bei Georg Meyer-Anschütz, Staatsrecht, S. 392, Anmerk. 1.

Drittes Kapitel.

Grundverhältnis zwischen öffentlicher Verwaltung und Bürger.

§ 8. Die „gesetzmäßige Verwaltung".[1]

I. Der Verfassungsstaat hat den Grundsatz der „gesetzmäßigen Verwaltung" eingeführt. Mit diesem Ausdruck soll jedoch nicht gesagt sein, daß alle Verwaltungstätigkeit ihren Antrieb ausschließlich durch das Gesetz empfängt. Das Gesetz kann Motiv für das Handeln der Verwaltungsbehörden sein. Aber es gibt Gebiete, in denen die Tätigkeit der Verwaltungsorgane durch rein politische und wirtschaftliche Erwägungen bestimmt und geleitet wird und nicht durch eine Gesetzesvorschrift (vgl. darüber oben § 1). „Gesetzmäßige Verwaltung" bedeutet daher: Verwaltung innerhalb der Schranken des Gesetzes. Für alle privatrechtlichen Handlungen der öffentlichen Verwaltung versteht sich dies von selbst. Der Satz gilt aber auch für die öffentlichrechtlichen Beziehungen zwischen Staat (Gemeinde) und Untertan,[1a] d. h. für die Verhältnisse zwischen einem Träger obrigkeitlicher Gewalt und seinen Gewaltunterworfenen, somit

[1] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 74ff. und Archiv für öffentl. Recht XVII S. 464ff., XVIII S. 96ff. Anschütz, Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts (Preuß. Verwaltungsblatt XXII S. 83ff.), ferner „Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen" (Verwaltungsarchiv XIV S. 315ff., insbes. 324—331), und endlich in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler II S. 475, 611. Thoma, Polizeibefehl im Badischen Recht I S. 98ff. D. Donati, Il problema delle lacune dell' ordinamente giuridico, 1910.

[1a] „Untertan" = der Staatsgewalt unterworfen. „Bürger" bezeichnet im strengen Sinne heute nur den mit politischen Rechten (Wahlrecht) ausgestatteten Staatsangehörigen. Doch wird das Wort im Text in einem weiteren Sinn verwendet zur Bezeichnung des Staatseinwohners überhaupt.

für Beziehungen zwischen ungleichen Rechtssubjekten.[2] Der Satz von der „gesetzmäßigen Verwaltung" richtet dem herrschaftlich verwaltenden Staat Rechtsschranken auf.

Jeder Eingriff der öffentlichen Verwaltung in Freiheit und Eigentum der Bürger bedarf der gesetzlichen Grundlage. Nach den Verfassungsurkunden spricht die Vermutung für die Freiheit der Bürger von staatlichem Zwang. Jeder obrigkeitliche Eingriff, d. h. jedes Gebot oder Verbot, das dem Untertan die Pflicht zu einem Dulden oder zu einer positiven Leistung zu Gunsten der öffentlichen Verwaltung auferlegt (Steuerpflicht, Wehrpflicht, polizeiliche Pflichten, Bauverbote usw.), muß durch ein Gesetz oder eine vom Gesetze abgezweigte oder zugelassene Rechtssetzungsform ermächtigt sein. Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers gehören zum „Vorbehalt des Gesetzes" (Otto Mayer). Der Satz ist bei Begründung des Verfassungsstaates in irgend einer Form in den Verfassungsurkunden ausgesprochen worden. Dies schon weist auf seinen politischen Ursprung hin. Gemäß den Verfassungsurkunden ist die Verwaltung die eigentliche Domäne des Fürsten geblieben. Kann die Regierung des Fürsten Freiheit nnd Eigentum des Einzelnen nur antasten auf Grund eines Gesetzes, so bedeutet dies, daß sie zu ihrem Eingriffe der Zustimmung des zweiten Faktors der Gesetzgebung, nämlich der Volksvertretung, bedarf. Damit sind aber Freiheit und Eigentum der Bürger gegenüber der öffentlichen Verwaltung unter den Schutz der Volksvertretung gestellt. Das bringt z. B. die bayerische Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 zu klarem Ausdruck (Titel VII § 2): „Ohne den Beyrath und die Zustimmung der Stände des Königreichs kann kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freyheit der Personen oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betrifft, erlassen, noch ein schon bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben werden."[3] Zu demselben Er-

---

[2] Otto Mayer, I S. 108—109.

[3] Vgl. ferner die inhaltlich im wesentlichen übereinstimmende Badische Verfassungsurkunde vom 22. August 1818 § 65: „Zu allen anderen die Freyheit der Personen oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betreffenden allgemeinen neuen Landesgesetzen oder zur Abänderung oder authentischen Erklärung der bestehenden, ist die Zustimmung der absoluten Mehrheit einer jeden der beyden Kammern erforderlich." Vgl. darüber Walz, Bad. Staatsrecht, S. 209.

gebnis gelangt die preußische Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 in dem Titel „Von den Rechten der Preußen". Sie gewährleistet persönliche Freiheit und Eigentum der Bürger, behält aber dem zwischen König und Volksvertretung vereinbarten Gesetze vor, die Bedingungen und Formen zu bestimmen, unter denen die persönliche Freiheit und das Eigentum beschränkt oder entzogen werden dürfen.[4] Daraus folgt, daß in den Fällen, in denen das Gesetz schweigt, die Behörde nicht in die Rechtssphäre des Bürgers eingreifen darf, m. a. W. der Bürger keine Pflicht gegenüber der Staatsgewalt zu erfüllen hat.[5] Andrerseits ergibt sich aber aus dem Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, daß die Behörde einen vom Bürger erhobenen öffentlichrechtlichen Anspruch nur befriedigen darf, sofern ihn das Gesetz ausdrücklich anerkannt hat.

Der Gesetzgeber des Verfassungsstaates ist jedoch bis heute nicht in der Lage gewesen, das ganze große Gebiet der Verwaltung, das aus den Tagen des Polizeistaats übernommen worden ist, gesetzlich neuzugestalten und der Verwaltungsbehörde für jeden Eingriff in Freiheit und Eigentum der Bürger die Grundlage in neuen, unter Mitwirkung der Volksvertretung erlassenen Gesetzen zu schaffen.[6] Infolgedessen hat die Praxis in Fällen, in denen ein unabweisliches Bedürfnis zu obrigkeitlichem Einschreiten vorgelegen hat, vorkonstitutionelle Erlasse des Landesherrn (Kabinettsordres usf.) verfassungsmäßigen Gesetzen

---

[4] Preuß. Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850, Art. 5: „Die persönliche Freiheit ist gewährleistet. Die Bedingungen und Formen, unter welchen eine Beschränkung derselben, insbesondere eine Verhaftung zulässig ist, werden durch das Gesetz bestimmt." Art. 62. Vgl. dazu das Preuß. Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit, vom 12. Februar 1850. Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, I S. 132ff.

[5] Das gilt wie für Einzelpersonen, so auch für Verbände innerhalb des Staats, so z. B. für die Gemeinden. Gegen diesen Grundsatz verstößt die Rechtsprechung des badischen Verwaltungsgerichtshofs; sie verpflichtet die Städte mit staatlicher Polizeiverwaltung, grundsätzlich alle Kosten der staatlichen Polizeigewalt zu tragen, trotzdem das badische Recht eine allgemeine Rechtsnorm dieses Inhaltes nicht kennt. Vgl. darüber oben S. 115, Anm. 42.

[6] Vgl. zum Folgenden Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 120ff. Zum Teil davon abweichend Thoma, Polizeibefehl im Badischen Recht, I, S. 106ff. S. ferner Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 174.

gleichgestellt, um auf diese Weise Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger zu rechtfertigen.[7] Darin liegt ein Notbehelf. Läßt man derartige Erlasse auch nach Einführung der Verfassungsurkunden als Gesetze gelten, trotzdem ihnen die Zustimmung der Volksvertretung fehlt, so müssen sie um so mehr mit der anderen Garantie rechtsstaatlicher Gesetze ausgestattet sein, nämlich mit der Eigenschaft der Allgemeinverbindlichkeit; dies setzt weiter voraus, daß sie ordnungsgemäß sind verkündigt worden.[8]

Die soeben entwickelten Grundsätze erleiden eine Durchbrechung nur dort, wo ausnahmsweise ein Gewohnheitsrecht die Grundlage für Eingriffe der Behörde bildet.[9] Unter welchen Voraussetzungen ein solches Gewohnheitsrecht im Verfassungsstaate anerkannt wird, haben die Erörterungen in § 5 darzulegen versucht.

---

[7] Man vgl. z. B. die Königl. Kabinettsordre vom 4. Dezember 1831, die für Preußen die noch heute maßgebenden Rechtsgrundsätze über die Entschädigungspflicht des Staates bei rechtmäßiger Handhabung der öffentlichen Gewalt aufgestellt hat (Anschütz, im Verwaltungsarchiv V S. 76).

[8] Urt. des RG. in Zivils. v. 24. Jan. 1885 (Entsch. Bd. 13, S. 215). — Besonders interessant ist, wie die Vorschrift des Allg. Preuß. Landrechts II 17 § 10 (oben S. 6, Anmerk. 8) von dem „Amte der Polizei" rechtsstaatlich umgedeutet worden ist. Ursprünglich steckte in ihr wahrscheinlich bloß eine theoretische Definition des Begriffs Polizei. Dann begann die Praxis den Lehrsatz in einen Rechtssatz umzudeuten und schließlich entdeckte sie in ihm ein „Gesetz", das die Polizei zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger ermächtigt. Vgl. dazu Schultzenstein, im Verwaltungsrecht Bd. XVIII, S. 548. „Es hat lange Zeiten gegeben, in denen der § 10 vollständig vergessen war oder doch praktisch für ganz bedeutungslos gehalten wurde. Erst seit der Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde auf ihn zurückgegangen, man kann fast sagen, wurde er wieder entdeckt und als positiver Rechtssatz aufgefaßt, sein Inhalt festgestellt und ihm eine unmittelbar praktische, bindende Anwendbarkeit in weiterem Umfange beigelegt."

[9] Die Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen v. 4. September 1831 bestimmt § 27: „Die Freiheit der Personen und die Gebahrung mit dem Eigenthume sind keiner Beschränkung unterworfen, als welche Gesetz und Recht vorschreiben." Der Ausdruck „Recht" deckt das Gewohnheitsrecht. So wird in Sachsen insbesondere die Grundlage für die Polizeigewalt durch ein Gewohnheitsrecht gebildet. Vgl. dazu Stier-Somlo, im Verwaltungsarchiv XIX 98ff. und dort zitierter Schriftsteller.

II. Die Vorschrift, derzufolge staatliche Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger nur auf Grund eines unter Mitwirkung der Volksvertretung beschlossenen Gesetzes zulässig sind, begründet eine politische Garantie zu Gunsten der Individualrechte.[10] Aber sie erschöpft das Programm des Rechtsstaats nicht. Von nicht geringerer Bedeutung ist die weitere rechtsstaatliche Forderung nach einem für alle Untertanen gleichen Recht.[11] Die staatlichen Eingriffe sollen nach einem für Alle gleichen Maßstabe erfolgen. Die Gesetzgebung hat diese Rechtsgleichheit der Bürger durch Aufstellung allgemein gültiger Regeln zu verwirklichen unternommen, die genau die Voraussetzungen bezeichnen, unter denen der verwaltende Staat Ansprüche der Bürger zu befriedigen hat und sich Eingriffe in Freiheit und Eigentum erlauben darf.[12]

---

[10] An diesem Punkte tritt der Gegensatz zwischen der Monarchie und der Demokratie zu Tage. In der Monarchie besteht die Aufgabe der Volksvertretung in einer Beschränkung der monarchischen Gewalt. In der Demokratie übt die Volksvertretung oder die Aktivbürgerschaft die oberste Staatsgewalt aus; es besteht keine Gewalt neben ihr, mit der sie das Gesetz zu vereinbaren und die sie auf diese Weise zu beschränken hätte. Sie bildet deshalb kein Gegengewicht gegen absolutistische Neigungen; denn sie selbst besitzt die Möglichkeit, absolutistisch aufzutreten und Freiheit und Eigentum der Bürger zu bedrohen. Infolgedessen müssen für die Individualrechte Garantien besonderer Art geschaffen werden. Sie bestehen einmal in dem Vorrang der Verfassungsgesetzgebung vor der einfachen Gesetzgebung und ferner in einer Verfassungsgerichtsbarkeit (oberster Gerichtshof der nordamerikanischen Union, schweizerisches Bundesgericht), deren Aufgabe darin besteht, die in der Verfassung garantierten Grundrechte der Bürger gegen Eingriffe des Gesetzgebers zu schützen. Schweiz. Bundesverfassung v. 29. Mai 1874 Art. 113, Ziff. 3. (Das Bundesgericht urteilt über „Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger".) Gustav Vogt, Die Organisation der Bundesrechtspflege in den Vereinigten Staaten von Amerika (Zeitschr. f. Schweiz. Recht, n. F, IX S. 566). Bryce, The American commonwealth, I, cap. 23. Theodor Weiß, Art. „Bundesgericht", in Reichesbergs Handwörterbuch der Schweiz. Volkswirtschaft, I S. 653. W. Burckhardt, Kommentar d. Schweiz. Bundesverfassung 1904, S. 856 ff.

[11] Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, I S. 108 ff.

[12] Daraus darf man aber nicht mit v. Seydel, Bayer. Staatsrecht II S. 316 ff. und Anschütz, Begriff der gesetzgebenden Gewalt S. 168 ff. und Encyklopädie der Rechtswissenschaft II S. 594—595 den Schluß ziehen, jede Rechtsvorschrift betreffe die Freiheit der Person und des

Aus dem dargelegten Grundsatze, „Gleiches Recht für Alle" ergeben sich drei wichtige Folgerungen:

1. Wenn der Verwaltungsbehörde die Befugnis übertragen ist, eine bestimmte Materie durch Verordnung zu regeln, so darf sie nicht an Stelle der Verordnung durch Einzelbefehle von Fall zu Fall das Erforderliche anordnen. Denn nur durch die abstrakte Regelung wird die Rechtsgleichheit verbürgt.[13] Auf eine

---

Eigentums. Vgl. darüber Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S 118 und Walz, Bad. Staatsrecht S. 209—210.

[13] Beispiele: Das Allgemeine Baugesetz für das Königreich Sachsen vom 1. Juli 1900 § 94 schreibt vor, es habe das Ortsgesetz (Ortsstatut) Bestimmung darüber zu treffen, ob in offener oder geschlossener Reihe gebaut werden müsse. Wenn für eine Ortschaft ein Ortsgesetz noch nicht erlassen ist, so darf die Polizei nicht von Fall zu Fall verfügen, wie zu bauen sei. Kgl. Sächs. OVG. 22. November 1902 (Jahrbücher des K. Sächs. OVG. III S. 219). Vgl. ferner Bayr. Verwaltungsgerichtshof 25. Juli 1902 (Sammlung von Entscheidungen des Bayr. VGH. XXIV S. 136): Die Gemeinden dürfen nach der rechtsrhein. Gemeinde-Ordnung Art. 22 die Höhe der Gemeinderechtsgebühr (für die Teilnahme an dem Gemeindenutzen) nicht von Fall zu Fall bestimmen; sie haben allgemeine Vorschriften darüber zu erlassen. Otto Mayer I S. 274. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S. 59, 76. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 259. Anders die Praxis des preußischen Oberverwaltungsgerichts. Sie nimmt an, wenn z. B. das preuß. Gesetz über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850 vorschreibe, eine bestimmte Materie (Sorge für Leben und Gesundheit usf.) sei durch „ortspolizeiliche Vorschriften" zu regeln, so begründe dies lediglich ein Recht, keine Pflicht der Behörden, eine Polizeiverordnung hierüber zu erlassen. „Alles was zu den Gegenständen der polizeilichen Vorschriften gehört, kann auch, mindestens solange Vorschriften solcher Art nicht ergangen sind, Gegenstand einer polizeilichen Verfügung sein." Preuß. OVG. 27. Juni 1877 (Entsch. des preuß. OVG., Bd. 2, 427, insbes. 432); vgl. auch preuß. OVG. 18. März 1886 (Entsch. des preuß. OVG. Bd. 13, S. 390 und die dort zit. Judikatur). Zustimmend Thoma, Polizeibefehl I 244. — Andrerseits darf jedoch eine Einzelverfügung nicht in die Form einer Verordnung eingekleidet werden. Dies würde dann zutreffen, wenn eine Behörde auf Grund des geltenden Rechts nicht die Befugnis besäße, eine Verfügung (z. B. ein Bauverbot) zu erlassen, und diese Kompetenz aber nun empfinge durch eine allgemein gehaltene Verordnung, die aber nach Lage der Dinge nur auf diesen konkreten Einzelfall gemünzt wäre. In einem solchen Falle wären Verordnung und Verfügung ungültig. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 356. Rechtsprechung des Badischen Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 333. Ist aber eine Verordnung, z. B. eine Polizeiverordnung, rechtsgültig erlassen, so kann eine einzelne darauf fußende Verfügung nicht

Umgehung dieses Grundsatzes läuft es hinaus, wenn die verpflichtete Behörde sich auf den Erlaß einer Verordnung beschränkt, in der vorgeschrieben wird, was zu gelten habe, werde in jedem Fall durch Einzelverfügung bestimmt werden.[14] Aus diesem Grund hat die bayrische Polizeigesetzgebung im allgemeinen den vollziehenden Polizeiorganen nur die Ermächtigung zu Allgemeinbefehlen erteilt in dem Sinne, daß die Behörden durch eine allgemeingültige Verordnung feststellen müssen, was die Bürger zu tun und zu lassen haben, während in Preußen und Baden den Polizeibehörden eine Generalermächtigung zu polizeilichen Einzelbefehlen zur Verfügung gestellt ist.[15] Vgl. darüber unten § 23.

2. Das Gesetz, und was ihm gleichsteht (Verordnung, autonome Satzung usf.), bindet Behörden und Bürger in derselben Weise. Es darf in keinem Punkte unvollzogen bleiben. Die Behörde kann daher ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung dem einzelnen Privaten rechtsgültig weder „Vorrechte" zugestehen, die sein rechtliches Können oder Dürfen über das

---

mit der Begründung angefochten werden, in casu sei die Anwendung der Verordnung ungerechtfertigt, weil die Absicht der Verordnung in dem vorliegenden Falle auf anderm Wege verwirklicht werden könne. Preuß. OVG. 8. Okt. 1910 (Preuß. Verw. Bl. XXXII 634).

[14] Die Gemeinde Schöneberg hat i. J. 1909 eine Gemeindesteuerordnung erlassen, worin die Bestimmung des Abstufungsverhältnisses, nach dem die einzelnen Grundstücksarten zur Grundsteuer herangezogen werden, jährlichen Gemeindebeschlüssen vorbehalten wird. Das Preuß. OVG. hat am 18. Juni 1912 die Steuerordnung für ungültig erklärt, weil die Festsetzung des Abstufungsverhältnisses nur in festen allgemeinen Normen geregelt werden dürfe (Entscheidungen Bd. 62, S. 311). — Das StGB. § 366, Ziff. 10 bedroht die Person mit Strafe, welche „die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen erlassenen Polizeiverordnungen übertritt." Die K. Polizeidirektion München hat, gestützt auf die Delegation des bayrischen Polizeistrafgesetzbuchs Art. 2, Ziff. 6, eine ortspolizeiliche Verordnung erlassen, die sich auf die Anordnung beschränkt, jedermann sei verpflichtet, den zur Vermeidung von Verkehrsstörungen im einzelnen Falle getroffenen polizeilichen Anordnungen Folge zu leisten. Die Gerichte haben diese Bestimmung für gültig angesehen, in Mißachtung des im Texte entwickelten Rechtsgrundsatzes. Reger XVIII 92 und die dort zit. Urteile.

[15] Thoma, Polizeibefehl im Badischen Recht I S. 252—253.

gemeine Maß hinaus erweitern,[15a] noch ihm Sonderpflichten aufbürden. Wenn das Gesetz den Untertanen öffentliche Pflichten (öffentliche Abgaben, Wehrpflicht, polizeiliche Pflichten usw.) auferlegt, so haben die Behörden auf deren Erfüllung zu dringen. Ein „Verzicht" auf die Einforderung einer gemäß öffentlichem Rechte dem Staate geschuldeten Leistung käme einer Nichtanwendung des Gesetzes gleich.[16] In einer anderen Lage befindet sich die Behörde, wenn sie auf dem Boden des Privatrechts in Pacht-, Miet-, Kaufverträgen dem Bürger als einfacher Gläubiger gegenübertritt. Die Geltendmachung eines privatrechtlichen Anspruchs ist ein Recht, keine Pflicht des Gläubigers, und daher können im allgemeinen auch die Organe des Staats und der Gemeinden dem Schuldner gegenüber rechtsgültig auf eine privatrechtliche Forderung verzichten.[17]

Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch im Bereiche des öffentlichen Rechtes in besonderen Fällen der Verzicht auf einen der

---

[15a] Ungültig ist ein Gemeindebeschluß, welcher von der Gemeinde-Einkommensteuer die Personen befreit, die eine Kurtaxe in Höhe der „eventuellen Gemeinde-Einkommensteuer" entrichten. Preuß. OVG. 15. April 1912 (Entscheidungen Bd. 62, S. 446).

[16] Gerber, Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staat (in Gerbers Gesammelten Juristischen Abhandlungen 1878, S. 470). Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 88, 429. Laband, Das Gnadenrecht in Finanzsachen nach preuß. Recht (Archiv für öffentliches Recht VII S. 169ff.). Steinitz, Dispensationsbegriff und Dispensationsgewalt im deutschen Staatsrecht, 1901 (in den Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von Brie, Heft 4). Art. „Dispensation" (Hinschius-Kahl) im WB d. VerwR² I 568. Weitere Literatur bei Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 651ff. — Kormann, System der rechtsgeschäftl. Staatsakte, 1910, S. 120 macht mit Grund darauf aufmerksam, daß die Dispensation, nach ihren Rechtswirkungen beurteilt, kein einheitliches Institut ist. Die Dispensationen zerfallen in solche, die ein Dürfen (eine Erlaubnis) und in solche, die ein Können (eine Fähigkeit) gewähren.

[17] Auch wenn die privatwirtschaftlichen Einnahmen im Etatgesetz aufgeführt sind, so wird diese Befugnis der Behörden nicht eingeschränkt. Denn der Etat enthält lediglich einen Wirtschaftsplan über mutmaßliche Einnahmen und Ausgaben. Laband, im Archiv f. öffentliches Recht VII S. 169ff. — Von der Frage, ob der Finanzbeamte verzichten konnte, ist wohl zu scheiden die Frage, ob er auf eine Forderung verzichten durfte. Verzichtet er, obwohl ihm dies nicht erlaubt ist, so wird er der öffentlichen Kasse gegenüber schadenersatzpflichtig.

öffentlichen Verwaltung zustehenden Anspruch geboten sein kann. Man denke nur an das strafrechtliche Seitenstück: die Begnadigung. Eine solche Durchbrechung des Gesetzes ist jedoch nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung erlaubt und möglich.[18] Derartige Ermächtigungen sind nicht selten in Steuergesetzen vorgesehen; den Steuerbehörden kann die Kompetenz verliehen sein, bestimmte Personen ganz oder teilweise von der Steuerpflicht zu befreien (Steuerprivileg) oder auf verfallene Steuern zu verzichten (Steuererlaß) oder die Steuern zu stunden.[19] In gleicher Weise räumen die meisten Baugesetze den Baupolizeibehörden die Befugnis ein, in Fällen, in denen eine undurchbrochene Anwendung baupolizeilicher Vorschriften (Bauabstand u. dgl.) zu Härten führen würde, dem Privaten Dispensation von den starren Rechtsregeln zu erteilen (Baudispens, Nachsichterteilung).[20] Hat aber der Gesetzgeber keine Erlaubnis

---

[18] Urteil des Königl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts vom 11. Januar 1902 (Jahrbücher des K. Sächs. OVG. I S. 355).

[19] Beispiele: Württbg. Gesetz v. 8. Aug. 1903, betr. Besteuerungsrechte der Gemeinden, Art. 7: „Die Gemeinden sind befugt, aus besonderen Gründen zur Beförderung öffentlicher Interessen zeitliche Befreiungen von der Gemeindeumlage oder Verminderung der Beitragspflicht auf die Dauer von höchstens zehn Jahren zu verwilligen." Württembergisches Einkommensteuergesetz v. 8. Aug. 1903, Art. 79: „Die Einkommensteuer kann in einzelnen Fällen von der Steuerverwaltung ganz oder teilweise niedergeschlagen werden, wenn ihre zwangsweise Beitreibung den Steuerpflichtigen in seinem wirtschaftlichen Fortkommen gefährden würde, wenn das Beitreibungsverfahren voraussichtlich ohne Erfolg sein würde, oder wenn die Kosten der Beitreibung außer Verhältnis zu dem beizutreibenden Steuerbetrag stehen würden." — Preuß. Ges. betr. den Staatshaushalt, v. 11. Mai 1898 § 18: „Von der Einziehung dem Staate zustehender Einnahmen darf nur im einzelnen Fall und, abgesehen von der Unmöglichkeit der Einziehung, nur auf Grund einer durch gesetzliche oder durch königliche Bestimmung erteilten Ermächtigung abgesehen werden. Nur unter gleichen Voraussetzungen dürfen auch zur Staatskasse vereinnahmte Beträge zurückerstattet werden." Preuß. OVG. 21. Dezember 1908 (Preuß. Verw.-Bl. XXXI 275; s. ferner XXXIV 53, 774). S. ferner Badisches Etatgesetz v. 24. Juli 1888, Art. 37 (Walz, Staatsrechtl. Gesetze Badens, 1911, S. 118). A. Düffe, Die Zoll- und Steuerstundungsordnungen, 1912. Glatzer, im Preuß. Verw.-Bl. XXXIV. 141

[20] z. B. hat das Allgemeine Baugesetz für das Königreich Sachsen v. 1. Juli 1900 in § 6 ein ganz allgemeines Dispensationsrecht vorgesehen: „Ausnahmen von den Anforderungen dieses Gesetzes und der auf dessen

zu derartigen Durchbrechungen erteilt, so ist jede amtliche Zusicherung — mag sie in einem Vertrag oder in einer einseitigen Verfügung enthalten sein —, die eine Befreiung von einer gesetzlichen Pflicht gewährt, ein Rechtsbruch und daher ungültig. So sind alle jene Verträge, in denen die Steuerbehörden ohne gesetzliche Ermächtigung gegenwärtigen oder zukünftigen Steuerpflichtigen bestimmte Vorteile (Befreiung von Anliegerbeiträgen, Nichtbesteuerung bestimmter Vermögensbestandteile u. dgl.) versprechen, schon um ihres Inhalts willen nicht rechtswirksam.[21]

Grund erlassenen Ausführungsverordnungen und Ortsgesetze kann im allgemeinen die Kreishauptmannschaft bewilligen ..." Im Gegensatz dazu läßt die Badische Landesbauordnung v. 1. Sept. 1907 § 4 Abweichungen nur zu „soweit die Erteilung der Nachsicht unter bestimmten Voraussetzungen in der Landesbauordnung selbst für zulässig erklärt ist oder nach Maßgabe der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles von dem Ministerium des Inneren gestattet wird." F. J. Roth, Badische Landesbauordnung, 2. Aufl., 1909, S. 23ff. Über Preußen: Preuß. OVG. 27. Nov. 1895 (Entsch. des preuß. OVG. XXIX S. 355). — Kein Bürger hat einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Dispensation. Ebenso selbstverständlich ist, daß bei Gewährung oder Versagung einer Dispensation fiskalischen Interessen kein Einfluß verstattet werden darf. K. Sächs. OVG. 17. April 1907 (Jahrbücher des K. Sächs. OVG. X S. 201).

[21] Der typische Fall: Der Private X erklärt der Steuerbehörde der Stadt Y, er werde nach Y übersiedeln, wenn die Steuerbehörde ihm zusichere, daß er nur für ein Vermögen und Einkommen werde besteuert werden, dessen Höhe von vornherein genau festgelegt werden solle. Die Steuerbehörde läßt sich darauf ein und schließt mit dem Steuerpflichtigen einen Vertrag dieses Inhaltes ab; hinterher stellt sich heraus, daß der Vertrag zum Zwecke der Umgehung der Steuerpflicht geschlossen worden ist. Der Vertrag ist nichtig. Übrigens möglicherweise schon aus formellen Gründen: wenn nämlich nach dem maßgebenden Landesrecht die Steuersumme des Pflichtigen durch einseitige Verfügung der Behörde festzusetzen ist. Bayr. VGH. 14. März 1906 (Samml. v. Entsch. des bayr. VGH. XXVII S. 62). K. Sächs. OVG. 11. Februar 1907, 11. Nov. 1907 (Jahrb. des K. Sächs. OVG. X S. 263; XI S. 332). Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht I S. 446, Nr. 43, I. Aus denselben Gründen kann auch eine Landgemeinde gegenüber einer Stadtgemeinde vertraglich nicht auf die Besteuerung des in der Landgemeinde gelegenen städtischen Gaswerkes verzichten; ein solcher Vertrag ist ungültig. Reichsgericht in Zivilsachen 22. April 1913 (Preuß. Verw. Bl. XXXIV 773). Vgl. auch die Urteile des preuß. OVG. v. 28. Mai 1885 und 3. Dez. 1898 (Entsch. des preuß. OVG. XII S. 120; XXXIV S. 36). Nach der Gesetzgebung Preußens ist der Rechtsweg geöffnet, wenn jemand aus besonderen Gründen die Befreiung von einer Abgabe behauptet. Stölzel, Rechts-

Die Verwaltungsbehörde ist nicht bloß an das vom übergeordneten Gesetzgeber erlassene, sondern auch an das selbstgeschaffene Recht, an ihre eigene Verordnung, gebunden. Selbst wenn sich bei der Rechtsanwendung in einem bestimmten Fall ein Satz der Verordnung als unbequem erweisen sollte, so bleibt er maßgebend, bis die Behörde die Verordnung auf dem vom Gesetze gewiesenen Wege abändert. Es besteht kein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der es der Verwaltungsbehörde gestattete, von der Beobachtung der von ihr erlassenen Rechtsvorschriften Nachsicht zu gewähren.[22]

3. Den Grundsatz der Rechtsgleichheit hat die Behörde auch bei der Handhabung ihres freien Ermessens zu beobachten. Sie darf bei Gleichheit der tatsächlichen Verhältnisse und Gleichheit der Rechtslage einen Bürger oder eine Kategorie von Bürgern nicht anders behandeln, als alle übrigen.[23]

---

weg und Kompetenzkonflikt S. 112ff. — Anders liegt der Fall, wenn eine Staats- oder Gemeindebehörde einem Privaten (Unternehmer einer Gasfabrik oder dgl.) als Entgelt für eine bestimmte Leistung (Gaslieferung usf.) eine Befreiung von den öffentlichen Abgaben verspricht. Hier liegt bei richtiger Auslegung des Vertrags keine Erteilung einer Dispensation vor, sondern das gültige privatrechtliche Versprechen auf Schadloshaltung bis zu einem bestimmten Geldbetrag. Entscheidungen des Preuß. OVG. Bd 33, S. 107; 38, S. 147. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 46, S. 245. Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 11 (Urt. d. Kammergerichts v. 29. Juni 1911). Vgl. auch unten § 10.

[22] Preuß. Ob. Verw.-Ger. 30. Nov. 1882 (Entsch. des preuß. OVG. IX S. 332, insbes. 337). Walz, Badisches Staatsrecht, S. 224.

[23] Rechtsprechung d. Badischen Verwaltungsgerichtshofs, III Nr. 339. Preuß. Ober-Verw.-Ger. 18. Mai 1909 (Entscheidungen Bd. 54, S. 262f.): Die Polizei darf nach ihrem Ermessen den Benutzern des Meeresstrandes Befehle über das Aufstellen der Strandkörbe erteilen. Übt sie diese Befugnis aus, so darf sie nicht einem einzelnen Strandkorbbesitzer befehlen, den Strandkorb nach Gebrauch jeweilen sofort wieder zu entfernen, während sie allen übrigen Strandkorbbesitzern örtlicher Übung gemäß das Belassen der Strandkörbe am Meeresufer auch außerhalb der Gebrauchszeit gestattet. „Das wäre Willkür, zu der die Polizei niemals berechtigt ist." — Auch bei der Aufstellung eines Ortsstatuts darf sich die Gemeindebehörde keine rechtsungleiche Behandlung der Gemeindeeinwohner zu schulden kommen lassen. Nach einer Entscheidung des preuß. Ober-Verw.-Gerichts v. 3. November 1897 (Entscheidungen Bd. 32, S. 122), ist es unzulässig, „wenn bei einer einheitlichen, das ganze

§ 9. Inhalt der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse im Allgemeinen.

I. Das Privatrecht überläßt es den Beteiligten, ihre Rechtsverhältnisse innerhalb eines großen Gebietes nach eigenem Ermessen ins Leben zu rufen und auszugestalten. Man denke nur an den Geltungsbereich der Vertragsfreiheit. Anders liegen die Dinge im Verwaltungsrecht. Hier handelt es sich um Rechtsverhältnisse, die in der Hauptsache durch das Gesetz von vornherein vorgezeichnet sind. Das Gesetz bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Verwaltungsbehörden von den Untertanen Leistungen — positive, wie negative — verlangen können und von welcher Art und welchem Umfang diese Leistungen sein müssen. In gleicher Weise stellt es fest, in welchen Fällen den Untertanen Rechtsansprüche gegen die öffentliche Verwaltung zustehen. Den Verhältnissen des öffentlichen Rechts geht die Elastizität ab, die die Obligationen des Privatrechts auszeichnet. Das ist vom Rechtsstaat so gewollt. Denn nur durch die strenge Bindung der Verwaltungsbehörde an das Gesetz ist Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu erreichen gewesen, auf die der Rechtsstaat hingearbeitet hat.

Trotzdem ist von Starrheit keine Rede. Denn soweit die Verwaltungsbehörde durch das Gesetz nicht gebunden worden ist, hat sie ihr „freies Ermessen" (pouvoir discrétionnaire) ungeschmälert behalten.[1] Auf dieses „Verwaltungsermessen" stellt

---

Stadtgebiet umfassenden Veranstaltung die Pflicht, zu deren Unterhaltung beizutragen, nicht den dadurch bevorteilten Besitzern aller im Stadtgebiet belegenen, sondern nur den der in einzelnen Teilen derselben belegenen Grundstücken auferlegt wird." Eine Fundgrube bietet dem Juristen die staatsrechtliche Praxis des Schweizerschen Bundesgerichts betreffend die Rekurse wegen Verletzung des Art. 4 (Rechtsgleichheit) der Schweiz. Bundesverfassung. Eugen Curti, Sämtliche Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts in abgekürzter Fassung, I Nr. 1 ff.

[1] Vgl. dazu F. Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1888. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung (Festgabe für Laband II 445 ff., insbes. S. 498 ff.). Leopold Menzinger, Ermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit im bayer. Recht (Blätter für administrative Praxis, Bd. 58 (1908) S. 1 ff.) Rudolf v. Laun, Das Recht zum Gewerbebetriebe, 1908 (Wiener staatswissenschaftl. Studien, herausg. von Bernatzik und v. Philippovich) und dazu die Kritik von G. Rohmer im Verwaltungsarchiv XXI 312.

der Gesetzgeber ab, wenn er z. B. die Behörde anweist, bei Gefahr für die öffentliche Sicherheit die „angemessenen Maßnahmen" zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu treffen, oder wenn er sie zur Zwangsenteignung zu Gunsten eines „im öffentlichen Interesse" zu errichtenden Unternehmens ermächtigt, oder wenn er sie beauftragt, die Erteilung einer Schankkonzession von dem Nachweis eines vorhandenen „Bedürfnisses" abhängig zu machen (Reichsgewerbeordnung § 33). Der Gesetzgeber ist sich bewußt, daß in allen diesen Fällen die zur Betätigung des freien Ermessens berufene Behörde unter den wandelbaren Anschauungen ihrer Zeit und ihres Ortes stehen wird.[2] Indem daher der Gesetzgeber bei der Begründung und Ausgestaltung öffentlicher Rechtsverhältnisse das freie Ermessen der Behörde mitwirken läßt, fügt er den unverbrüchlichen Rechtsätzen ein bewegliches Element bei, das die Behörde in den Stand setzt, ihre Verfügungen den wechselnden Bedürfnissen des Lebens anzupassen.[2a] Die Normen des Gesetzes sind jedoch auch für das freie Ermessen unübersteigbar. Daher ist das Bedenken, wo der

---

Rudolf v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910 und dazu die Kritik von Thoma im Verwaltungsarchiv XX 444. Paul Oertmann, Die staatsbürgerliche Freiheit und das freie Ermessen der Behörden, 1912 (Vorträge d. Gehe-Stiftung, Bd. IV Heft 2) und dazu die Kritik von Thoma in der Zeitschr. f. Politik VI 239. Oertmann „Freies und unfreies Ermessen" in der DJZ. XVII 186. Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 2 (Literaturangaben), 36, 89, 137, 157, 177, 188, 194ff., 331ff. R. v. Laun, Zum Problem des freien Ermessens, 1913 (Festschrift für Zitelmann).

[2] Es wird nie gelingen, den Begriff des „öffentlichen Interesses" in ein System zu bringen. Denn die Anforderungen des öffentlichen Interesses wechseln von Rechtsinstitut zu Rechtsinstitut. Man kann daher höchstens beschreiben, von welchem Begriff des öffentlichen Interesses die Expropriationsgesetzgebung, die Steuergesetzgebung usf. ausgeht. Julius Neumann, Das öffentliche Interesse mit Bezug auf das Gebühren- und Steuerwesen, die Expropriation und die Scheidung von Privat- und öffentlichem Recht (Annalen des Deutschen Reiches, 1886, S. 357ff.). Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902, S. 176 und die dort zit. Autoren (Staats- u. völkerrechtl. Abhandlungen, herausg. von Jellinek u. Anschütz, Bd. III). W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 68ff.

[2a] Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 4: „Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen".

Raum für das freie Ermessen der Behörde beginnt und wo er endigt, selbst wieder eine Rechts- und keine Ermessensfrage.[3] Die Ermessensüberschreitung stellt eine Rechtswidrigkeit dar. Allein nicht bloß diese äußeren Grenzen hat die Behörde zu achten. Ihrem freien Ermessen sind auch innere Grenzen gesetzt: es ist ihr verboten, in ihrem freien Raum nach Willkür zu schalten; sie darf bei der Handhabung ihres Ermessens in jedem einzelnen Falle nur den Momenten Einfluß gewähren, die das Gesetz in einem Falle dieser Art berücksichtigt haben will. Ermessensmißbrauch steht rechtlich der Ermessensüberschreitung gleich.[4]

Weil sich der eigene Wille der vollziehenden Organe an den festen Schranken der Rechtsordnung bricht, so versuchen die Verwaltungsbehörden nicht selten, die Freiheit, die ihnen das

---

[3] Das Bedenken gewinnt eine besondere Bedeutung für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Der Prüfung der Verwaltungsgerichte sind die „Ermessensfragen" entzogen. Ob aber die Verwaltungsbehörde nach „freiem Ermessen" handeln durfte, ist Rechtsfrage; sie gehört daher nicht zum unüberprüfbaren Ermessen. Vgl. darüber Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 6ff. Insbesondere aber v. Laun, Freies Ermessen S. 220ff. S. auch unten § 15.

[4] Beispiele: Die Polizei darf der Bewegungsfreiheit des Einzelnen Beschränkungen auferlegen. Sie darf dies aber nur zur Erreichung polizeilicher Zwecke tun und nicht zur Erlangung finanzieller Vorteile. Unzulässig ist es daher, wenn die Polizei einem Privaten die Aufstellung eines Strandkorbes an dem dem Gemeingebrauch unterworfenen Meeresstrand verbietet, um ihn dadurch zur Entrichtung einer von der Gemeinde — zu Unrecht — erhobenen Benutzungsgebühr zu zwingen. Preuß. Ober-Verw.-Gericht 18. Mai 1909 (Entscheidungen Bd. 54, S. 262). Es ist das Verdienst der oben Anm. 1 zitierten Schrift von R. v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910, die Bedeutung des Ermessenmißbrauchs genauer untersucht zu haben. Vgl. daselbst namentlich die Ausführungen auf den Seiten 175, 183, 203, 208, 216, 230, 265, 267. — Rechtswidrig ist ferner ein polizeiliches Verbot, das den Besitzer eines Kinematographen zur Einstellung der polizeilich genehmigten Vorstellungen an einem bestimmten Tage zwingt, um ihn zu verhindern, einem auf denselben Tag angesagten öffentlichen Konzert Konkurrenz zu machen. Preußisches Ober-Verw.-Gericht 1. Oktober 1909 (Entscheidungen Bd. 55, S. 459). — Ermessensmißbrauch liegt auch vor, wenn eine Behörde willkürlich und im offenen Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen eine Schankkonzession wegen mangelnden Bedürfnisses verweigert. (GewO. § 33).

öffentliche Recht versagt, durch eine privatrechtliche Regelung der Rechtsverhältnisse zu gewinnen. Diese Praxis entspringt dem Bestreben, den Bürger auf diesem Wege zu Leistungen zu verpflichten, die ihm in öffentlichrechtlicher Form nicht können aufgebürdet werden. Notwendige Voraussetzung hierfür ist somit, daß die Behörden eine Handhabe besitzen, den Bürger zum Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages mit ihnen zu veranlassen. Dies trifft zu in Fällen, in denen der Bürger eine von ihm angestrebte Tätigkeit nur auf Grund einer behördlichen Erlaubnis oder Zustimmung ausüben darf, deren Erteilung ganz oder teilweise von dem Ermessen der Behörde abhängt (gewerbepolizeiliche oder baupolizeiliche Erlaubnis; Dispens von einem Bauverbot u. a. m.). Hier ist es daher der Behörde möglich, die Erlaubnis erst zu erteilen, nachdem sich der Bürger seinerseits zu privatrechtlichen Zusagen an die öffentliche Verwaltung verpflichtet hat (unentgeltliche Abtretung von Vorgartenareal, Sicherstellung von Anliegerbeiträgen usf.)[5] Die Zivilgerichte schützen im Allgemeinen derartige Verträge.[6] Allein zu Unrecht. Wenn der Gesetzgeber eine Materie dem öffentlichen Recht unterstellt, so schließt er damit für sie regelmäßig die Anwendung des Privatrechts aus.[7] Die Behörde kann einen Rechtserfolg

[5] Vgl. z. B. Urt. des RG. in Zivils. vom 16. Dez. 1902 (Entsch. Bd. 53, S. 187): Um den Widerspruch des Magistrats gegen sein Konzessionsgesuch auszuschalten (GewO. § 33, Abs. 4), verpflichtet sich ein Wirt dem Magistrat gegenüber vertraglich, keine Gartenkonzerte zu veranstalten, wiewohl ihm dies nach der GewO. nicht hätte verwehrt werden können. — Weitere Beispiele bei Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 48. Urt. des RG. in Zivils. v. 21. Mai 1892 (Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts XXXVI S. 1183). Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 29ff. Thelemann, Die Servitut als privatrechtliches Mittel zur Unterstützung städte- und straßenbaulicher Bestrebungen im Einzelfalle (Preuß. Verw.Bl. XXXIV 118).

[6] Reichsgericht in Zivils. Bd. 67, S. 291; Bd. 73, S. 19. J. Biermann, Die Zulässigkeit von Dienstbarkeiten zum Vorteile der Allgemeinheit (Festgabe, Otto Gierke dargebracht von Schülern, Freunden und Verehrern, 1911, S. 89).

[7] Hier gilt die alte Rechtsregel: Quum quid una via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti (De regulis iuris, in Sexto). — Eine Ausnahme: Der Staat greift regelmäßig zur Expropriation erst, nachdem er ein Grundstück nicht durch Abschluß eines privatrechtlichen Kaufvertrages hat an sich bringen können. Beide Wege, der privatrechtliche

nicht auf privatrechtlichem Weg erreichen. Infolgedessen erzeugt ein auf diesem Gebiete zwischen Behörde und Untertan geschlossener Vertrag keine Rechtswirkungen. Wenn daher eine Gemeinde sich von einem Straßenanlieger Leistungen versprechen läßt, die am geltenden Baurecht keinen Rückhalt haben (unentgeltliche Abtretung einer Grundstücksparzelle; die Zusage, bestimmte Streifen nicht zu überbauen usw.), so wird dadurch weder ein privates, noch ein öffentliches Recht der Gemeinde begründet. Daher kann auch eine solche Verpflichtung nicht als Last des Anliegergrundstückes in das Grundbuch eingetragen werden;[8] es fehlt ihr ein materieller Rechtsgrund.

II. Für die Bestimmung der rechtlichen Natur eines Rechtsverhältnisses ist im Allgemeinen unerheblich, was auf Grund dieses Rechtsverhältnisses geschuldet wird. Leistungen, die sich kraft öffentlichen Rechtes Staat und Bürger gegenseitig schulden, können auch Gegenstand eines privatrechtlichen Verhältnisses bilden: Geldzahlungen, Leistung von Diensten, Beschränkungen des Eigentums usf. Über den juristischen Charakter eines Rechtsverhältnisses entscheidet einzig, ob es im öffentlichen Recht oder im Privatrecht wurzelt. Das zeigt sich deutlich bei der Erfüllung öffentlicher Pflichten auf der Staat-, wie auf der Untertanenseite. Ob die für staatliche Zwecke gewonnenen Dienste von einem durch öffentlichrechtliche Anstellung berufenen Beamten oder von einem privatrechtlich verpflichteten Arbeiter geleistet werden, ändert an der Natur der Dienstleistungen nichts. Ebenso stehen, wenn das öffentliche Recht den Untertan verpflichtet, dem Staate öffentliche Abgaben zu

---

und der öffentlichrechtliche, stehen von Anfang an offen. Dies beruht jedoch nicht auf einer Sondervorschrift der Expropriationsgesetzgebung, sondern auf dem in § 20 darzustellenden Dualismus, demzufolge die Herrschaft des Staates über seine Sachen den Normen des Privatrechts untersteht und der Staat infolgedessen unabhängig von seiner öffentlichrechtlichen Stellung Eigentum in den gewöhnlichen privatrechtlichen Formen erwerben kann.

[8] RG. in Zivils. 7. Juni 1902 u. 11. Okt. 1905 (Entsch. Bd. 51, S. 418; Bd. 61, S. 338). Bad. Rechtspraxis, 1908, S. 72. DJZ. XVI 478 (unten). — Um derartigen Zusicherungen eine Existenz in öffentlichrechtlicher Form zu verschaffen, haben deshalb das Königreich Sachsen und das Großherzogtum Baden in ihren Baugesetzen solche freiwillig übernommenen Pflichten zu öffentlichrechtlichen Lasten der Grundstücke ausgestaltet. Vgl. unten § 11.

entrichten oder Sicherheit für Anliegerbeiträge zu leisten, für die Erfüllung dieser öffentlichrechtlichen Pflichten allein die privatrechtlichen Formen der Eigentumsübertragung[9] und der Bestellung einer Sicherungshypothek zu Gebote. Vgl. auch oben S. 60. Nur die Ansprüche, mit denen der Untertan vom Staat die Vornahme herrschaftlicher Akte verlangt, weisen einen spezifisch öffentlichrechtlichen Inhalt auf: Gewährung staatlichen Rechtschutzes, Erlaß einer Verfügung u. a. m.

Welches auch der Gegenstand der Leistung sein mag, — es darf weder die Verwaltungsbehörde vom Untertan, noch der Untertan von der Verwaltungsbehörde anderes verlangen, als das Gesetz vorschreibt.[10]

§ 10. Subjekte der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse.

I. Das Verwaltungsrecht regelt die Beziehungen zwischen dem Herrscher Staat (oder einer ihm gleichwertigen öffentlichen Korporation) und den gewaltunterworfenen Personen, den Unter-

[9] Da für den Begriff des Vermögens einer Person aktiv und passiv allein der Geldwert der Rechte und nicht ihr Ursprung entscheidend ist, so werden im Konkurse dieser Person auch Forderungen zugelassen, die dem öffentlichen Rechte entspringen, z. B. öffentliche Abgaben. Konkursordnung § 1, § 61 Ziff. 2 und dazu der Kommentar von Jäger zu § 61, Anm. 16—20. Hellmann, Konkursrecht, 1907, S. 224. v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts I S. 317. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 121.

[10] Beispiele: a) Die Expropriationssumme muß regelmäßig in Geld bestehen. Der Expropriat braucht sich keine andern Werte aufdrängen zu lassen. RG. in Zivils. Bd. 41, S. 257. Vgl. Fleiner, Verwaltungsrechtsfälle, Nr. 46. b) Das bayr. Gesetz ermächtigt die Gemeinden, den Hauseigentümern die Straßenreinigungspflicht aufzuerlegen. Ein Münchner Gemeindestatut v. 1895 ordnete nun an, daß die Stadt die Straßenreinigung auszuführen, die Anlieger aber der Stadt an Stelle der Naturalleistung (Straßenreinigung) eine Gebühr zu entrichten hätten. Der bayr. VGH. hat dies am 18. Okt. 1899 als unzulässig erklärt (Samml. v. Entsch. des bayr. VGH. XXI S. 5). Vgl. ferner Entsch. des preuß. OVG. Bd. 54 S. 328. c) Der Gemeindebürger hat keinen Anspruch darauf, an Stelle des in Naturalien (Holz, Weide) bestehenden „Bürgernutzens" einen Ersatz in Geld zu bekommen, und umgekehrt darf die Gemeinde ohne gesetzliche Ermächtigung dies auch nicht gewähren. Urt. des bayr. Verwaltungsgerichtshofes v. 23. Dezember 1896 (Sammlung von Entscheidungen des bayr. VGH. XVIII S. 125).

tanen. Staat und Untertan sind daher die Subjekte der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse.[1] Durch die Ungleichheit der beteiligten Personen und die Verschiedenwertigkeit der beiderseitigen Interessen unterscheiden sich diese Verhältnisse scharf von denen des Privatrechts. Andrerseits aber erzeugen sie, wie die Obligationen des Privatrechts, persönliche Rechtsbeziehungen.

1. Dieser rein persönliche Charakter zeigt sich auf der Staatsseite darin, daß der Staat aus dem Rechtsverhältnis nicht ausscheidet, auch wenn er die Geltendmachung der einzelnen daraus entspringenden Ansprüche einem Privaten übertragen hat. Daher verändert sich in solchen Fällen die Natur der von den Untertanen geschuldeten Pflichten nicht: die Pflichten des Expropriaten sind dieselben, mag als Expropriant der Staat oder aber eine mit dem Expropriationsrechte ausgestattete private Eisenbahngesellschaft auftreten;[2] die von den Untertanen zu entrichtenden Steuern, Gebühren und Beiträge behalten den Charakter von öffentlichrechtlichen Abgaben, auch wenn Staat oder Gemeinde ihre Erhebung an einen Privatmann verpachtet haben[3] u. a. m.[4]

2. Ebenso deutlich wie auf der Staatsseite tritt der rein persönliche Charakter des Rechtsverhältnisses auf der Untertanen-

---

[1] Über den Begriff des Rechtsverhältnisses im weiteren Sinne. v. Tuhr, Allg. Teil der Deutschen Bürgerl. Rechts I S. 125. — Außer Betracht bleiben hier die Beziehungen zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung selbst (zwischen Staat und Gemeinden, zwischen Gemeinden und Gemeinden usf.); von ihnen ist oben (§§ 6 u. 7) die Rede gewesen. Unberücksichtigt bleiben ferner die sog. öffentlichrechtlichen Gesamtverhältnisse; vgl. darüber oben § 4.

[2] Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902, S. 227ff. Otto Fischer, Expropriationsverträge, 1910, S. 7ff.

[3] Bayrischer Verwaltungsgerichtshof 18. Okt. 1899 und 27. Nov. 1903 (Sammlung von Entsch. des bayr. VGH. XXI S. 5, XXV S. 25 und die dort zitierten Urteile). Kamptz u. Delius, Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts I S. 201.

[4] Ein verwandtes Beispiel: Die Staatsbahn bleibt ein Unternehmen des Staats, trotzdem der Betrieb vertraglich einer Privatgesellschaft überlassen ist. Königl. Sächs. Oberverwaltungsgericht 25. Januar 1902 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. II S. 58); es handelte sich um das Bedenken, an wen sich die staatliche Polizei bei der Auferlegung polizeilicher Pflichten zu halten hatte, an den Staat oder an die Gesellschaft.

seite hervor.[5] Öffentliche Rechte und öffentliche Pflichten bleiben dauernd an der Person haften, für die sie sind begründet worden. Sie sind grundsätzlich unübertragbar und gehen mit ihrem Träger unter. Ein Wechsel in der Person kommt einer Änderung des Rechtsverhältnisses gleich.[6] Es findet im Allgemeinen weder eine Gesamt-, noch eine Sondernachfolge in öffentliche Rechte und Pflichten statt.[7] Die Praxis ist reich an Beispielen: der Eisenbahnkonzessionär wird durch den Verkauf seines Unternehmens dem Staate gegenüber weder der Pflichten, noch der Rechte aus seiner Konzession ledig; der Inhaber einer „Gewerbekonzession" vererbt seine Ansprüche aus der Konzession nicht auf seine Erben;[8] der Straßenanlieger, der zur Entrichtung der Straßenbeiträge herangezogen worden ist, bleibt dem Staate gegenüber der Verpflichtete, auch nachdem er das Eigentum an dem Grundstück an einen Dritten übertragen hat;[9] der Erwerber einer

[5] Jellinek, System der subjekt. öffentl. Rechte, S. 343. Edgar Loening, im Verwaltungsarchiv VII S. 62. Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 138, 199ff.

[6] Vgl. dazu die Erörterungen von v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts I § 5.

[7] Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach deutschem BGB. I (1901) S. 1.

[8] Nach § 46 der GewO. darf nach dem Tode eines Gewerbetreibenden das Gewerbe für Rechnung der Witwe während des Witwenstandes oder, wenn minderjährige Erben vorhanden sind, für deren Rechnung durch einen qualifizierten Stellvertreter betrieben werden. Darin liegt keine Rechtsnachfolge; denn der Witwe steht das Recht auch zu, wenn sie nicht Erbin ist. Der Gesetzgeber hat aus Billigkeitsrücksichten den genannten Personen ein selbständiges Recht auf Weiterbetrieb eines bestehenden Unternehmens (Schankwirtschaft, Krankenhaus usf.) verliehen. Schultzenstein, Persönliche gewerbliche Konzession und Erbrecht (Verwaltungsarchiv X 113). Landmann, GewO. I[6] S. 494. v. Seydel-Schecher, Gewerbepolizeirecht, 1910, S. 46. Durch Verkauf oder Verpachtung einer Gastwirtschaft geht die Schankkonzession nicht auf den Erwerber über (s. unten § 24). Welche privatrechtlichen Folgen dies für den Käufer oder Pächter äußert, der die Konzession nicht erhält, erörtert das Oberlandesgericht Braunschweig in einem Urt. v. 13. Januar 1910 (DJZ. XV 1472). S. auch Kulisch, Österreich. Gewerberecht I[2] S. 343ff.

[9] Preuß. OVG. 1. Juli 1912 (DJZ. XVIII 415). Daher wirkt die von einem Baubewerber auf Grund einer örtlichen Bauordnung gestellte Kaution für die Entrichtung der Anliegerbeiträge im Zweifel bei einem Verkaufe des Grundstückes nicht auch zu Gunsten des Besitznachfolgers. Königl. Sächs. OVG. 17. Januar 1912 (Jahrbücher XVIII 122).

Liegenschaft haftet nicht für rückständige Straßenbeiträge seines Vorgängers u. a. m.[10] Es versteht sich ferner von selbst, daß auch vertragliche Abreden zwischen Käufer und Verkäufer, denen zufolge der Erwerber des Grundstücks die dem Veräußerer obliegenden öffentlichen Lasten übernimmt, nur zivilrechtliche Wirkungen zwischen den Parteien erzeugen und auf das öffentlichrechtliche Verhältnis zwischen dem Staat und dem Pflichtigen ohne Einfluß bleiben.[11]

Der Schein einer öffentlichen Rechtsnachfolge entsteht in den Fällen, in denen öffentliche Rechte und Pflichten mit Grundstücken „verbunden" werden — wie der gemeine Sprachgebrauch sagt — mit der Wirkung, daß der jeweilige Eigentümer oder Besitzer gegenüber der öffentlichen Verwaltung berechtigt und verpflichtet wird. Allein hier handelt es sich um keine Rechtsnachfolge, sondern um eine mittelbare Bezeichnung des berechtigten oder verpflichteten Untertans; der Besitz eines bestimmten Grundstücks soll die Voraussetzung für die Entstehung einer

---

[10] Preuß. Ob.-Verw.-Ger. 7. Dez. 1908 und 26. Januar 1909 (Entscheidungen Bd. 53, S. 108; Bd. 54, S. 77). Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl., 1907, I S. 844—845. Jahrbücher für württembg. Rechtspflege, Bd. 15, S. 369. — Ein anderes Beispiel: Der Eigentümer hat sich i. J. 1896 gegenüber der Baupolizeibehörde „für sich und seine Besitznachfolger" schriftlich verpflichtet, auf seinem Grundstück nur ein einziges Haus zu bauen. Der Besitznachfolger will, im Widerspruch zu dieser Erklärung, ein zweites Gebäude errichten. Die Baupolizei verweigert den Baukonsens unter Hinweis auf die von dem Vorgänger begründete Verpflichtung. Das Kgl. Sächs. OVG. hat mit Urt. v. 5. Juli 1905 diese Haltung der Baupolizei mißbilligt. Die Verpflichtung des Vorgängers ist nicht auf den Rechtsnachfolger übergegangen. (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. VIII S. 27; vgl. auch daselbst IX S. 14.) Zu beachten ist, daß seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Baugesetzes für das Königreich Sachsen v. 1. Juli 1900 § 2 derartige Verpflichtungen als „öffentliche Lasten" der betreffenden Grundstücke begründet werden können. Vgl. ferner zu der im Text dargelegten Auffassung das Urteil des bayr. Verwaltungsgerichtshofs v. 5. Mai 1897 (Sammlung von Entsch. des bayr. VGH. XVIII S. 282).

[11] RG. in Zivils. 6. April 1900 (Entsch. Bd. 46, S. 245). Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 31ff., 48. Kamptz u. Delius, Rechtsprechung des RG. und des KG. auf den Gebieten des öffentl. Rechts I S. 241, Nr. 15; 242, Nr. 19. Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung I S. 445. Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913, § 113.

öffentlichen Berechtigung oder Verpflichtung sein.[12] Auf diese Weise wird nach zahlreichen deutschen Gesetzen z. B. die Person des Pflichtigen bei der Erhebung der Straßenanliegebeiträge, der Kanalisationsbeiträge usf. festgestellt.[13] Dadurch werden diese Abgabenpflichten nicht etwa „verdinglicht"[14] in dem Sinne, daß sie mit dem Grundstück vom Vorbesitzer auf den Nachfolger übergehen. Der neue Erwerber haftet — wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt — nur für die während seiner Besitzzeit fälligen und von ihm (durch sog. „Heranziehung") eingeforderten Abgaben, nicht auch für die Rückstände seines Rechtsvorgängers; aber für diese seine Schuld hat er im Zweifel nicht bloß mit dem Grundstück, sondern mit seinem ganzen Vermögen aufzukommen.[15] Daraus erhellt, daß mit dem Besitzantritte

[12] Solche im öffentlichen Recht wurzelnde Pflichten bilden regelmäßig eine der Kategorien der „öffentlichen Lasten" eines Grundstückes. Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. März 1897 § 10, Ziff. 3. Soergel V 493 (öffentlichrechtliche Reallasten). Vgl. auch unten § 25.

[13] Vgl. z. B. Bad. Ortsstraßengesetz v. 15. Okt. 1908, §§ 22—25 und dazu den Kommentar von Otto Flad (1909); Bad. Ausf.-Gesetz zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung § 3, Ziff. 6. Bad. VGH 18. Dezember 1911 (Ztschr. f. Bad. Verwaltung u. VerwRPfl. 1912, S. 184). Für Preußen: Preuß. Ob.-Verw.-Ger. 19. November 1907 und 26. Januar 1909 (Entscheidungen Bd. 51, S. 62; 54, S. 78 und die dort angeführten älteren Urteile). DJZ. XV 206. — Über „Dinglichkeit" der Kanalisationsgebühren in Preußen siehe die Aufsätze von Heilgendorff im Preuß. Verw. Bl. XXXII 806, Behrens ebenda XXXIII S. 295, Galland u. Rohde, ebenda XXXIV 217, 237; von Heilgendorff u. Heinemann, ebenda XXXIV 529, 744. Carl Sass, Heranziehung d. Anlieger zu den Straßenbaukosten, 1913 (u. dazu Hey im Preuß. Verw. Bl. XXXIV 508). Auch die Mitgliedschaft in einem öffentlichrechtlichen Verband und die damit verknüpften Rechte und Pflichten können durch den Besitz eines Grundstücks vermittelt werden. Oben §§ 6 u. 7.

[14] Mit dem Terminus „Dinglichkeit" wird ein wahrer Mißbrauch getrieben. Unter „Dinglichkeit" wird verschiedenerlei zusammengefaßt: 1. die pfandrechtliche Haftung eines Grundstücks für eine öffentliche Forderung (vgl. darüber Endemann, Bürgerl. Recht II § 110; s. auch unten § 26); 2. die Vorschrift, daß der Besitz eines Grundstücks die Voraussetzung für eine Abgabepflicht bildet; 3. die durch den Besitz eines Grundstücks vermittelte Nachfolge in öffentliche Rechte und öffentliche Pflichten.

[15] Ob das Grundstück für rückständige Beiträge pfandrechtlich haftet, ist eine Frage für sich. Vgl. darüber unten § 26.

zwischen jedem neuen Besitzer und der öffentlichen Verwaltung das Rechtsverhältnis neu begründet wird.[16]

Nahe verwandt mit den soeben besprochenen Fällen ist eine andere Erscheinung. Bei der Erteilung einer baupolizeilichen Bewilligung (Baukonsens), oder einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis zur Errichtung einer Fabrikanlage, oder der Verleihung einer Konzession für Errichtung eines Stauwehrs usf. hat sich die Prüfung der Behörde nur auf die sachlichen Mittel des Unternehmens zu erstrecken. Der Gesuchsteller fällt deshalb lediglich als Eigentümer eines bestimmten Grundstücks oder Unternehmens in Betracht. Infolgedessen ist regelmäßig der von ihm erwirkte Verwaltungsakt nicht nur ihm persönlich zuerkannt, er gilt auch als den weiteren noch unbekannten Personen erteilt, die nach ihm — als privatrechtliche Sonder- oder Gesamtnachfolger — die privatrechtliche Verfügung über das Grundstück oder das Unternehmen erwerben werden.[17] Träger der durch Gesetz und Verwaltungsakt begründeten öffentlichen Rechte und Pflichten ist m. a. W. der jeweilige Eigentümer oder Besitzer.

Dies alles darf jedoch nicht zu dem Schluß verleiten, die Rechtsnachfolge sei dem öffentlichen Rechte gänzlich unbekannt.[18]

---

[16] Ebenso verhält es sich z. B. mit der „erblichen Mitgliedschaft" in der ersten Kammer der Landstände. Wenn neben den öffentlichen Bedingungen die vom Gesetz genannten privatrechtlichen Voraussetzungen (Besitz des Familienguts, Erstgeburt usw.) erfüllt sind, so entsteht die öffentliche Berechtigung neu in der Person des Berufenen.

[17] Otto Mayer, I S. 103, 294. Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 152. DJZ. XVI 224 (Urt. d. Kgl. Sächs. OVG. 11. Sept. 1909). Die Praxis spricht in solchen Fällen von „publizistischen Realrechten". Nieder, Württembg. Wassergesetz, 1902, S. 288. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 264, II S. 605. Preuß. Wassergesetz vom 7. April 1913 § 46, Absatz 3: „Die Verleihung kann auf Antrag in der Weise erteilt werden, daß das Recht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden wird." — Ob der „Baukonsens" ohne weitres auch zu Gunsten der Besitznachfolger wirkt, ist bestritten. Ausdrücklich legt ihm diese Wirkung bei die Badische Landesbauordnung v. 1907, § 125 (vgl. dazu Roth, Bad. Landesbauordnung S. 303). In Preußen ist der Satz bestritten. Baltz, Preuß. Baupolizeirecht S. 126. P. Ackermann, Baukonsens nach preuß. Recht 1910, S. 146.

[18] Über Nachfolge in Recht und Rechtsverhältnis: v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts I S. 219ff.

Verhältnisse des öffentlichen Rechts, deren unmittelbare Zweckbestimmung darin beruht, dem Untertan eine Geldforderung gegen den Staat zu verschaffen oder ihm eine Geldschuld zu Gunsten des Staates aufzuerlegen, gehören zum Vermögen einer Person. Denn entscheidend für den Begriff des Vermögens ist allein der Geldwert des Rechtes; belanglos dagegen ist der Ursprung des einzelnen Rechtes, d. h. der Umstand, ob es dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht entspringt.[19] Als Vermögensbestandteil wird daher auch ein öffentliches Rechtsverhältnis der Rechtsnachfolge zugänglich.[20] In erster Linie der Gesamtrechtsnachfolge. Auf die Erben als solche gehen mit dem übrigen Vermögen die im öffentlichen Rechte wurzelnden Geldforderungen und Geldschulden des Erblassers über.[21] Demgemäß haften z. B. die Erben für rückständige und hinterzogene Steuern,[22] verfallene Anliegerbeiträge,[23] Gebühren usw. des Erblassers, andrerseits steht ihnen ein Anspruch auf Bezahlung des Beamtengehaltes,[24] des Krankengeldes[25] usw. zu, das ihr Erblasser im Augenblick des Todes verdient, aber noch nicht ausbezahlt erhalten hatte u. a. m. Aus den dargelegten Gründen ist aber weiter zu schließen, daß der Untertan öffentliche Rechte von Geldeswert (Gehaltsansprüche, öffentlichrechtliche Entschädigungsforderungen usf.) auf einen andern übertragen und dadurch eine Sondernachfolge

---

[19] v. Tuhr, Allg. Teil I S. 317.

[20] Unger, Österreich. Privatrecht II § 74. Regelsberger, Pandekten I § 122.

[21] Das Reichsgesetz betr. die Gewährung einer Entschädigung an die Mitglieder des Reichstags v. 21. Mai 1906 § 9, setzt den Satz als gegeben voraus.

[22] Vgl. z. B. Preuß. Einkommensteuergesetz v. 24. Juni 1891 §§ 67, 80. W. Boschan, Die Nachlaßsachen, II (1905) S. 299. Vgl. über die Haftung des Erben für Geldstrafen und Bußen StGB. § 30, StPO. § 444, Abs. 4. Soergel V 307.

[23] Preuß. OVG. 7. Dez. 1908 (Entsch. des preuß. OVG. Bd. 53, S. 110).

[24] Pieper, Reichsbeamtengesetz, 2. Aufl., 1901, S. 68. Dagegen bildet der Anspruch auf den sog. Sterbegehalt, der den Hinterbliebenen des Beamten für noch drei Monate nach dem Todestag ausgezahlt wird, keinen Bestandteil des Nachlasses, sondern ein höchstpersönliches gesetzliches Recht bestimmter Familienangehöriger des Verstorbenen (Witwe, eheliche Kinder u. a. m.). Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873/18. Mai 1907 § 7. Bad. Beamtengesetz v. 1908 § 58, Abs. 2.

[25] Soergel, I S. 307, Nr. 30; II S. 413, Nr. 58.

in diese Rechte begründen kann.[26] Allein hier schiebt die Gesetzgebung der freien Übertragbarkeit häufig einen Riegel vor durch Vorschriften, welche bestimmte Ansprüche als „höchstpersönlich" erklären und ihnen damit die Fähigkeit nehmen, von einem Subjekt auf ein anderes übertragen zu werden. Mit der Unübertragbarkeit wird aber regelmäßig die Unpfändbarkeit ausgesprochen. Durch Bestimmungen solcher Art sorgt der Gesetzgeber dafür, daß der unmittelbare finanzielle Zweck, um deswillen er diese Rechtsansprüche gewährt hat, erreicht wird. Man denke an die Übertragbarkeits- und Pfändbarkeitsbeschränkungen, die den Ansprüchen auf Krankengeld, Unfallrente,[27] auf Beamtengehalt,[28] Beamtenpension[29] anhaften. — Die Sondernachfolge in eine Pflicht ist dagegen auch im öffentlichen Recht ein seltener Fall. Sie tritt nur auf ausdrückliche gesetzliche Anordnung hin ein.[30]

---

[26] Otto Mayer, Deutsches Verw.-Recht I S. 117. v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts I S. 219.

[27] Vgl. z. B. Reichsversicherungsordnung §§ 119, 621, 1325 u. a.

[28] Vgl. dazu Urt. des Reichsgerichts v. 30. Juni 1911 (DJZ. XVI 1274, XVII 157).

[29] Reichsbeamtengesetz § 6 und dazu der Kommentar von Alfred Schulze (1908). — Auch der Anspruch der Reichstagsabgeordneten auf Aufwandsentschädigung ist nicht übertragbar. Reichsgesetz, betr. die Gewährung einer Entschädigung an die Mitglieder des Reichstags, von 1906, § 8.

[30] So bestimmt vor allem das Allgemeine Baugesetz für das Königreich Sachsen, vom 1. Juli 1900, § 2, daß Verpflichtungen, die von Grundstückseigentümern hinsichtlich ihrer Grundstücke in baupolizeilichen Angelegenheiten durch eine der Baupolizei- oder der Gemeindebehörde gegenüber abgegebene Erklärung übernommen werden, als öffentlichrechtliche Lasten auf den Grundstücken haften und ohne weiteres auf den Nachfolger im Eigentume übergehen. Vgl. dazu den Kommentar zum Allg. Baugesetz, von Rumpelt, 4. Aufl., 1911, S. 85ff. Zur Beurkundung baurechtlicher Verpflichtungen haben die Gemeinden, in denen ein Bedürfnis dazu vorliegt, ein öffentliches Oblastenbuch zu führen (§ 4 des zitierten Gesetzes). Die Praxis hat schon vor Inkrafttreten des Allg. Baugesetzes derartigen Erklärungen des Grundeigentümers öffentlichrechtliche Wirkung beigelegt; doch ist ihre Wirkung auf die Person desjenigen beschränkt geblieben, der die Verpflichtung übernommen hatte. Jahrb. des Kgl. Sächs. OVG. VIII S. 27; IX S. 14. — Das badische Ortsstraßengesetz vom 15. Okt. 1908 hat, einer Anregung von Walz folgend (Zeitschrift f. badische Verwaltung Bd. 35 [1903] S. 246), das Institut weiter ausgebaut in § 27, Abs. 1: „Besondere, nicht schon aus den allgemeinen

Der Inhalt des Rechtsverhältnisses erleidet durch den Personenwechsel keine Änderung; so behält die von den Erben des Beamten geforderte rückständige Besoldung die öffentlichrechtliche Natur des Beamtengehaltes bei; desgleichen bleibt die Forderung des Staates gegen die Erben auf Bezahlung der rückständigen und hinterzogenen Steuern ein steuerrechtlicher Anspruch u. a. m. Infolgedessen ist der Anspruch des Erben gegen den Staat in demselben Verfahren zur Geltung zu bringen, in dem der Beamte selbst sein Gehalt hätte einklagen müssen,[31] und auf der anderen Seite kann der Staat die schuldigen Steuern beim pflichtigen Erben in dem Verfahren einfordern, in dem die Eintreibung der öffentlichrechtlichen Abgaben erfolgt.[32]

---

baupolizeilichen Vorschriften sich ergebende Verpflichtungen, welche hinsichtlich der Art der Überbauung oder hinsichtlich der Nichtbebauung von Grundstücken oder Grundstücksteilen, sowie hinsichtlich der Art der Benutzung von Bauten oder Bauteilen auf Verlangen der Baupolizeibehörde gegenüber dieser Behörde von dem Eigentümer mit Rücksicht auf ein von ihm oder von einem andern Eigentümer eingereichtes Baugesuch übernommen werden, haften, wenn sie in dem Baulastenbuch eingetragen sind, als öffentlichrechtliche Lasten (Baulasten) auf dem Grundstück und gehen als solche auf jeden späteren Erwerber des Grundstücks über." Vgl. dazu den Kommentar von Flad (1909). — Noch weiter geht die Neue Bauordnung für Württemberg vom 28. Juli 1910, Art. 99. Sie führt ein Baulastenbuch ein, in das die gesetzlichen Verpflichtungen zur Leistung von Kanal-, Straßen- und anderen Kostenbeiträgen einzutragen sind; der Eintrag hat die Wirkung, daß die Verpflichtung als öffentlichrechtliche Last auf dem Grundstück des Verpflichteten ruhen bleibt und auf die Nachfolger im Eigentum übergeht. Außerdem haftet jeder Eigentümer persönlich für die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Leistungen. „Die gleiche Wirkung kommt besonderen, nicht schon aus den allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften sich ergebenden öffentlichrechtlichen Verpflichtungen zu, die hinsichtlich der Unterlassung der Überbauung oder hinsichtlich der Art der Überbauung eines Grundstücks oder eines bestimmten Teils desselben von dem Eigentümer der Baupolizei oder der Gemeindebehörde gegenüber übernommen werden, wenn sie in das Baulastenbuch eingetragen sind." Otto Hirsch, Die Baulasten im Sinne des Art. 99, Abs. 3 der Württemberg. Bauordnung, Heidelberger Dissertation 1912.

[31] RG. in Zivils. v. 1. März 1886 (Entsch. Bd. 15, S. 274). Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts I S. 25.

[32] So verfügt das Badische Gesetz v. 12. April 1899, die Zwangsvollstreckung wegen öffentlicher Geldforderungen betreffend, § 1, daß wegen

Außerhalb des besprochenen Bereiches des Vermögensrechtes findet eine Nachfolge in öffentliche Rechtsverhältnisse nur auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung statt.[33]

II. Die dargelegte Auffassung von dem Wesen der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse wird noch nach anderen Richtungen wirksam.

1. Begründet das verwaltungsrechtliche Verhältnis ein rein persönliches Band zwischen bestimmten Rechtssubjekten, dem Staat und dem Untertan, so kann daraus ein Dritter keine Rechte für sich ableiten. So erfüllt der Fabrikant, der in seinen Fabrikräumen die von der Reichsgewerbeordnung (§ 120a) geforderten Arbeiterschutzvorrichtungen anbringt oder eine Arbeitsordnung gemäß der Reichsgewerbeordnung § 134a erläßt, ausschließlich eine öffentlich-rechtliche Pflicht gegenüber der öffentlichen Verwaltung,[34] und dasselbe tut der Hausbesitzer, der gemäß ortsstatutarischer Vorschrift das Trottoir reinigen und bei Winterglätte bestreuen läßt, oder die Eisenbahngesellschaft, die gemäß ihrer Eisenbahnkonzession für die Beleuchtung der Zufahrtstraßen beim Sta-

---

öffentlichrechtlicher Geldforderungen die Zwangsvollstreckung nicht bloß gegen den Schuldner, sondern auch „gegen dessen allgemeine und besondere Rechtsnachfolger" Platz greift. Vgl. ferner die Anweisung vom 28. Nov. 1899 zur Ausführung der preußischen Verordnung vom 15. Nov. 1899, betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, Art. 2ff.

[33] So folgt nach dem Reichspatentgesetz vom 7. April 1891 § 6 dem privaten Rechte des Erfinders an seiner Erfindung der öffentlichrechtliche Anspruch auf Erteilung des Patentes und das Recht aus dem erteilten Patent. Der Anspruch und das Recht sind m. a. W. vererblich und übertragbar. Kohler, Handbuch des Deutschen Patentrechts, S. 410ff., 426. Lehrbuch des Patentrechts S. 84ff., 125ff. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 888. Häberlein, Bedeutung und Wesen des Patentanspruchs, 1913.

[34] Nach unten, den Arbeitern gegenüber, stellt sich die Arbeitsordnung (GewO. § 134a) als eine in Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Pflicht erlassene, privatrechtliche Verfügung eines Privatmannes dar, die für die Arbeitsverträge generellen Vertragsinhalt schafft. Carl Koehne, Die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht, 1901. Weitere Literatur bei Landmann, Gewerbeordnung, II[6] S. 580. In gleicher Weise sind die nach § 134b, Ziff. 4, der Gewerbeordnung vom Fabrikherrn in der Arbeitsordnung angedrohten Strafen als Vertragsstrafen zu betrachten. Der Fabrikherr besitzt dem Arbeiter gegenüber keine öffentlichrechtliche Strafkompetenz. Landmann, Gewerbeordnung, II[6] S. 593.

tionsgebäude sorgt. Der Dritte jedoch (Arbeiter, Passant) besitzt gegen den Verpflichteten kein (im Rechtswege oder Verwaltungswege zur Geltung zu bringendes) Klagerecht, womit er den Säumigen direkt zur Erfüllung seiner Pflichten zwingen könnte. Zu einem solchen Schritte ist einzig der Staat oder die Gemeinde befugt, welcher der Pflichtige die aufgetragene Handlung schuldet. Dem Dritten ist nur die Möglichkeit gegeben, bei der zuständigen Behörde des Staates oder der Gemeinde Anzeige von der Pflichtwidrigkeit zu erstatten und die Behörde zum Einschreiten zu veranlassen,[35] sofern nicht ausnahmsweise auch ihm das Gesetz ein subjektives Recht auf die Leistung des Verpflichteten zugesprochen hat.[36] Unberührt von alledem bleibt jedoch der Anspruch des Dritten, von dem Verpflichteten Ersatz für den Schaden zu verlangen, der ihm infolge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung der erwähnten öffentlichrechtlichen Pflicht erwachsen ist (Unfälle der Fabrikarbeiter infolge mangelhafter Schutzvorrichtungen; Unfälle der Fußgänger infolge mangelhafter

[35] Bayr. VGH. v. 25. April 1902 (Sammlung von Entsch. des bayr. VGH. XXIII S. 209; vgl. auch XIX S. 4). Preuß. OVG. 31. März 1910 (Entscheidungen Bd. 56, S. 351).

[36] Nach BGB. § 618 ist der Arbeiter dem Arbeitgeber kraft Dienstvertrags verpflichtet, „Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet." (Vgl. die entsprechende Vorschrift der Gewerbe-Ordnung § 120 a.) Infolgedessen kann der Arbeiter den Arbeitgeber direkt sowohl auf Erfüllung dieser Pflicht, wie auf den Ersatz des aus der Nichterfüllung entspringenden Schadens belangen. Landmann, GewO. II[6] S. 398. Planck, Bürgerl. Gesetzbuch II, Erläuterung 5 b zu § 611 und Erläuterung 4 b zu § 618. Ferner nimmt die Rechtsprechung der Kgl. Sächsischen und der Braunschweigischen Verwaltungsgerichte an, daß auch gewisse Vorschriften der Baugesetze (Bauordnungen) subjektive Rechte zu Gunsten der Nachbarn begründen. v. Gehe, Inwieweit lassen sich aus dem Baugesetz subjektive öffentliche Rechte ableiten? (Fischers Zeitschrift f. Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung Bd. 39, S. 97). Brachmann, Welche Vorschriften d. sächs. Baurechts dienen dem Rechtsschutz Dritter? (ebenda Bd. 42, S. 213). K. SächsOVG. 9. Aug. 1911 (Jahrb. XVII 296). Morawitz, Das subjektive öffentliche Recht und die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs in Braunschweig (Zeitschrift f. Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig Bd. 57 (1910), S. 2). Vgl. ferner Badisches Ausf.-Gesetz zum BGB. Art. 18—21. S. unten § 11.

Trottoirreinigung oder Trottoirbestreuung u. dgl.). Dieser Schadenersatzanspruch ist an Hand des Zivilrechts zu beurteilen.[37]

2. Aus der persönlichen Natur des Rechtsverhältnisses folgt jedoch noch nichts für die Beantwortung der Frage, ob die daraus entspringenden Rechte und Pflichten in eigener Person ausgeübt und erfüllt werden müssen.

Die persönliche Ausübung kann sich aus dem Wesen eines Rechtsverhältnisses von selbst ergeben. Man braucht nur an das Wahlrecht oder an die allgemeine Wehrpflicht zu erinnern. Andrerseits steht fest, daß in den Fällen, in denen es dem Staate nicht auf die Individualität des Schuldners, sondern allein auf den Erfolg der Leistung ankommt, der Verpflichtete seine Pflicht durch dritte Personen (Gehilfen) kann erfüllen lassen. So genügt der Hausbesitzer seiner polizeilichen Pflicht, auch wenn er das Trottoir durch Angestellte reinigen und bestreuen läßt u. a. m. Dadurch tritt jedoch der Angestellte, der das Trottoir reinigt, der Behörde gegenüber nicht an die Stelle des Verpflichteten. Der Hausbesitzer bleibt öffentlichrechtlich allein verpflichtet; er haftet der Behörde für jedes Versehen und jede Nachlässigkeit seiner Angestellten und kann sich nicht durch den Nachweis entlasten, daß er bei der Auswahl und Leitung des Angestellten alle erforderliche Sorgfalt aufgewendet habe.[38]

---

[37] Beispiel: Ist nach einem rechtsgültigen Ortsstatut der Hauseigentümer zur Reinigung und Bestreuung des Trottoirs verpflichtet, so haftet er dem Dritten, der auf dem nichtbestreuten Trottoir ausgleitet und das Bein bricht, auf Schadenersatz. Die, nicht unbestrittene, Praxis nimmt an, daß in einem solchen Fall der Hauseigentümer gegen ein „den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz" verstoßen hat (BGB. § 823, Abs. 2). Vgl. darüber Linckelmann, im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 24, S. 244 (ferner auch Bd. 13, S. 78). Soergel, I S. 41, Nr. 26; II S. 21, Nr. 823. Spruchsammlung 1912 der DJZ. S. 229.

[38] Der Geschäftsherr bleibt der Behörde gegenüber verantwortlich, auch wenn er nachweist, daß er seinen Angestellten befohlen hat, die ihm obliegenden öffentlichen Pflichten zu erfüllen. Preuß. OVG. 28. Sept. 1910 (Preuß. Verw.-Bl. XXXII 602). Urt. d. Kammergerichts 20. Juli 1910 (Reger, XXXI 181). Der Eigentümer kann die polizeiliche Pflicht zur Treppenbeleuchtung nicht durch Vertrag auf einen Mieter überwälzen; er bleibt der Behörde gegenüber haftbar. Soergel V 412. Dagegen macht sich der Angestellte, der die Pflicht zur Trottoirreinigung vertraglich übernommen und diese Pflicht ver-

Eine Stellvertretung mit öffentlichrechtlicher Wirkung liegt dagegen vor, wenn sie vom Gesetz für ein bestimmtes öffentlichrechtliches Verhältnis ausdrücklich zugelassen worden ist, oder wenn sie sich als notwendiger Ausfluß einer gesetzlichen Vertretung darstellt, vermöge deren der Vertreter in allen vermögensrechtlichen Beziehungen an Stelle des Vertretenen rechtswirksam zu handeln hat. Beispiele bilden einerseits die Vorschrift der Reichsgewerbeordnung § 45, derzufolge die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetriebe durch Stellvertreter ausgeübt werden können,[39] andrerseits die gesetzliche Stellvertretung des Vormundes für den Mündel,[40] des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner usf. Soweit die Behörde das Stellvertretungsverhältnis anzuerkennen hat, sind von ihr die Handlungen, die

---

letzt hat, möglicherweise strafrechtlich verantwortlich. Urteil des bayr. Oberst. Landesgerichts in Strafsachen v. 6. Dez. 1906 (Reger, XXVII S. 462). — In seiner neuesten Praxis hat das Preußische Kammergericht die Auffassung zur Geltung gebracht, eine Polizeiverordnung könne die Pflicht zur Treppenbeleuchtung eines Miethauses nicht bloß dem Eigentümer, sondern neben ihm auch dem Hausverwalter auferlegen. Urt. d. Kammergerichts v. 15. März 1909 bei Johow, Jahrbuch Bd. 37, C 4. Dagegen ist eine Polizeiverordnung ungültig, welche an Stelle des Hauseigentümers ausschließlich den Hausverwalter für die Erfüllung der Eigentümerpflichten (Streupflicht usf.) strafrechtlich für verantwortlich erklärt. Kammergericht 21. Dezember 1911 (Soergel V 40). — Über die zivilrechtliche Haftung des Gehilfen auf Grund des BGB. 823 oder § 831, vgl. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts II S. 427. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 63, S. 308. Gruchot, Beiträge z. Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 55, Beilagenband S. 970 (Urt. d. Reichsgerichts v. 24. November 1910).

[39] Vgl. GewO. §§ 45—47. Landmann, GewO. I[6] S. 486ff. v. Seydel-Schecher, Gewerbepolizeirecht, 1910, S. 41ff. Kgl. Sächs. OVG. 16. Dezember 1911 (Jahrbücher XVIII 24, Reger, XXXII 434).

[40] Vgl. auch BGB. § 1385: „Der Mann ist der Frau gegenüber verpflichtet, für die Dauer der Verwaltung und Nutznießung zu tragen: 1. die der Frau obliegenden öffentlichen Lasten mit Ausschluß der auf dem Vorbehaltsgute ruhenden Lasten . . .". § 1388: „Soweit der Mann nach den §§ 1385 bis 1387 der Frau gegenüber deren Verbindlichkeiten zu tragen hat, haftet er den Gläubigern neben der Frau als Gesamtschuldner." Schultzenstein, Die Tragung öffentlicher Lasten durch den Ehemann und den Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem BGB. (Archiv fürBürgerl. Recht, Bd. 29 S. 168ff.; Bd. 33, S. 187ff.; Bd. 38, S. 265). Saran, im Preuß. Verw. Bl. XXXIV 775.

der Vertreter ihr gegenüber vornimmt, dem Vertretenen zuzurechnen: Erfüllung der gewerbepolizeilichen Anzeigepflicht, der Trottoirreinigungspflicht u. a. m. Da der Behörde gegenüber der Stellvertreter die dem Vertretenen auferlegten öffentlichrechtlichen Pflichten zu erfüllen hat, so können bei Verletzung dieser Pflichten die zur Überwindung des widerspenstigen Willens angedrohten Zwangsmaßregeln und die Strafen allein gegen den Vertreter gerichtet werden. Die Exekutivstrafe zur Erzwingung des Gehorsams und die Polizeistrafe treffen daher den Vertreter und dessen Vermögen, nicht etwa den Vertretenen.[41] Denn

---

[41] Dies wird sehr gut ausgeführt in einem Urteil des preuß. Kammergerichts v. 2. Mai 1901 (Johow, Jahrbuch der Entscheid. d. Kammergerichts, XXII C 5): Ein Hauseigentümer ist in Konkurs gefallen. Nach Konkursausbruch läßt er die Straße vor seinem Haus nicht mehr reinigen. Die Behörde geht mit Ungehorsamstrafe gegen ihn vor. Das Kammergericht erklärt dies für unzulässig: Wenn durch Normen des öffentlichen Rechts dem Eigentümer eine Pflicht auferlegt ist, so trifft ihn diese nur, wenn er die rechtliche Möglichkeit hat, sein Eigentumsrecht auszuüben. Diese Möglichkeit hat nicht der Konkursit, sondern nur der Konkursverwalter. Er hat für die Reinigung zu sorgen, und an ihn hat sich daher die Behörde zu wenden. — Eine Bestätigung der im Text entwickelten Auffassung enthält auch die GewO. § 151: das polizeiwidrige Verhalten des Stellvertreters wird dem Geschäftsherrn (Gewerbetreibenden) nur dann zugerechnet, wenn es mit Vorwissen des verfügungsberechtigten Vertretenen begangen worden ist. GewO. § 151, Abs. 2: „Ist an eine solche Übertretung (näml. an eine Übertretung gewerbepolizeilicher Vorschriften) der Verlust der Konzession, Approbation oder Bestallung geknüpft, so findet derselbe auch als Folge der von dem Stellvertreter begangenen Übertretung statt, wenn diese mit Vorwissen des verfügungsfähigen Vertretenen begangen worden. Ist dies nicht der Fall, so ist der Vertretene bei Verlust der Konzession, Approbation usw. verpflichtet, den Stellvertreter zu entlassen." Ein charakteristisches Beispiel einer Stellvertretung mit öffentlichrechtlichen Wirkungen kennt das Reichsbranntweinsteuergesetz v. 1909 § 125: „Brennereibesitzer, die den Betrieb nicht selbst leiten, können die Übertragung der ihnen gemäß §§ 122 bis 124 obliegenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf den Betriebsleiter (§ 104) bei der Verwaltungsbehörde beantragen. Falls der Antrag genehmigt wird, geht die strafrechtliche Verantwortlichkeit, unbeschadet der in § 131 vorgesehenen Vertretungsverbindlichkeit des Brennereibesitzers, auf den Betriebsleiter über. Die Genehmigung ist jederzeit widerruflich." Ebenso läßt die Reichsversicherungsordnung § 534 eine Übertragung der dem Arbeitgeber obliegenden versicherungsrechtlichen Pflichten auf Betriebsleiter usw. zu. Von abweichenden

wenn von Gesetzeswegen des Vertreters Wille darüber entscheidet, ob das zu leisten ist, was die öffentliche Verwaltung vom Vertretenen verlangt (Steuerzahlung usf.), so muß der Zwang zur Herbeiführung dieser Leistung und die Strafe, die wegen des Nichtleistens angedroht ist, gegen den Stellvertreter persönlich gerichtet werden.

3. Können auch juristische Personen Subjekte öffentlicher Rechte und Pflichten sein? Schon ein flüchtiger Blick in die Praxis zeigt uns, daß die Frage zu bejahen ist.[42] Das Flaggenrecht kann auch von einer juristischen Person für ihre Kauffahrteischiffe in Anspruch genommen werden;[43] die Einkommen- und Gewerbesteuerpflicht, die Pflichten, die dem Arbeitgeber nach der Arbeiterversicherungsgesetzgebung obliegen, die polizeilichen Pflichten (Anmeldungspflichten, Straßenreinigungspflicht usf.) — sie treffen juristische Personen in gleicher Weise wie natürliche. Es sei ferner erinnert an die Übertragung öffentlicher Verwaltungsaufgaben auf Korporationen des öffentlichen Rechts (oben §§ 6 und 7). Die Grenze, von der an öffentliche Rechte und Pflichten juristischen Personen unzugänglich sind, wird von der Natur selbst gesetzt: alle Rechtsverhältnisse, die an eine physische Individualität anknüpfen, bleiben juristischen Personen versagt. Daher ist z. B. die Aktiengesellschaft nicht pflichtig, Kirchensteuern zu entrichten, die von den Angehörigen eines bestimmten religiösen Bekenntnisses erhoben werden.[44] Aus

juristischen Anschauungen geht aus Schultzenstein, Polizeiwidriges Handeln und Vertretung (Verwaltungsarchiv XIV S. 1ff.). Er vertritt die Ansicht, der Vertretene sei allein der Beteiligte. Daher sei z. B. die Exekutivstrafe gegen den Mündel, nicht gegen den Vormund auszusprechen und zu vollstrecken. Das führt m. E. zu einer großen Ungerechtigkeit. Denn dem Mündel fehlt die rechtliche Möglichkeit, zu handeln (die Steuer zu zahlen usf.). Trotzdem soll das Vermögen des Mündels die Folgen für eine Handlung (Nichtbezahlung der Steuern) tragen, die allein dem Vormund obliegt. Die Exekutivstrafe soll (vgl. unten § 13) den widerstrebenden Willen brechen. Wie kann sie dies Ziel erreichen, wenn sie gar nicht die Person trifft, auf deren Willen eingewirkt werden soll?

[42] Vgl. auch Blüher, Zur Rechtsfähigkeit der juristischen Personen (DJZ. XVI 1408). Kulisch, Österreich. Gewerberecht I² S. 333.

[43] Reichsgesetz betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe, vom 22. Juni 1899 § 2.

[44] Sofern nicht das Gesetz (Bayern, Königreich Sachsen, Baden usf.) die juristischen Personen ausdrücklich zu Kirchensteuern heranzieht. F. Giese, Deutsches Kirchensteuerrecht, 1910, S. 216, 393ff., 424, 456, 544. (Kirchenrechtliche Abhandlungen, herausg. von Stutz, Heft 69—71).

demselben Grund kann eine juristische Person die polizeiliche Erlaubnis zum Betrieb solcher Gewerbe (Schankwirtschaft u. dgl.) nicht erlangen, bei denen vom Gesetze gewisse persönliche Eigenschaften des Konzessionsinhabers gefordert werden (guter Leumund u. dgl.).[45] Ist aber eine juristische Person fähig, unmittelbar Trägerin öffentlicher Rechte und Pflichten zu sein, so erscheinen die Handlungen ihrer Organe als Handlungen der juristischen Person selbst.[46] Allein auch hier zeigt es sich, daß der Wille des Organs nichts anderes ist, als der Wille desjenigen physischen Menschen, den Gesetz oder Körperschaftssatzung in die Organstellung berufen hat. Wenn daher die juristische Person eine öffentliche Pflicht gegenüber dem Staate verletzt, so hat dies die physische Person verschuldet, der als Organ die Erfüllung der Pflicht obgelegen hat. Staatlicher Zwang und staatliche

[45] Vgl. die in der RGewO. §§ 29, 30, 30a, 31, 32, 33, 34 bezeichneten Gewerbe. Daß eine juristische Person das Gewerbe des Stellenvermittlers, das bestimmte persönliche Eigenschaften voraussetzt (Stellenvermittlergesetz v. 2. Juni 1910 § 2), nicht ausüben kann, wird von der herrschenden Ansicht zugegeben (Reger XXXIII 324). Dagegen erklärt es die herrschende Meinung, der sich neuerdings auch das Preußische Oberverwaltungsgericht und das Reichsgericht angeschlossen haben (Preuß. Verw. Bl. XXXII 9, Entscheidungen d. Reichsger. i. Civils. Bd. 80, S. 111 u. 427) als zulässig, daß einem Angestellten einer juristischen Person zu Handen der juristischen Person selbst die Schankkonzession erteilt wird, trotzdem auch diese nach GewO § 33 nur Bewerbern erteilt werden darf, welche gewissen rein persönlichen Bedingungen genügen. Reger XXXIII 26, 214, 364. Zu der Frage: Landmann, GewO. I[6] S. 63, 319, 488. S. auch Oldenburg. OVG. 18. Januar 1912 (Ztsch. f. Verw. u. Rechtspfl. i. Großherzogt. Oldenburg Bd. 39, S. 70; Reger XXXII 205). Vgl. zu der Frage ferner die Aufsätze von Vossen u. von Wiesemann in der DJZ. XVII 1159 u. 1351 u. von Waldecker in der Jurist. Wochenschr. 1912, S. 1126; 1913 S. 724. Tietz, im Preuß. VerwBl. XXXV 6. — Dasselbe Bedenken kehrt auf dem staatsrechtlichen Gebiete wieder bei der Erörterung der Frage, ob die in Art. 3 der Reichsverfassung den Reichsangehörigen zugesicherten Rechte (gemeinsames Indigenat) auch juristischen Personen zustehen. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., S. 48. Dambitsch, Verfassung des Deutschen Reichs, 1910, S. 72. Arndt, Verfassung d. Deutschen Reichs[5] S. 53.

[46] Otto Hans Gierke, Über politische Rechte juristischer Personen in den preuß. Landgemeinden (Festschrift Otto Gierke dargebracht, 1911, S. 1035).

Strafe können sich daher nur gegen diese physische Person richten.[47]

[47] Deshalb sind die Ordnungsstrafen (Exekutivstrafen), durch die von juristischen Personen die Erfüllung von Anmeldungspflichten (Handelsregister usf.) erzwungen wird, gegen die Vorsteher persönlich anzudrohen und einzutreiben. Vgl. z. B. Handelsgesetzbuch §§ 14, 319. (Staub, Kommentar zum HGB., 8. Aufl., 1906, S. 100.) Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vom 17. Mai 1898 § 33 (Eugen Josef, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1906, S. 102). Anderer Ansicht z. B. Bührer in der DJZ. XVI 1411. Königl. Sächsisches Oberverwaltungsgericht 24. Mai 1911 (Jahrbücher XVII 193: die Exekutivstrafe zur Abstellung der Rauchbelästigung ist nicht gegen den Direktor der Aktiengesellschaft anzudrohen, sondern gegen die Gesellschaft selbst). Soergel V 485. — Was für Zwangsmittel gilt, gilt auch für die Auferlegung von Strafen. Die Frage („Deliktsfähigkeit der Personenverbände") ist, wie bekannt, sehr bestritten. Vgl. Judikatur und Literatur bei James Goldschmidt, Die Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts, 1905, S. 24. Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1913, S. 95 (§ 37). Vgl. dazu auch das Urt. des Bayr. Oberst. Landesgerichts in Strafsachen vom 25. Juni 1903 (Reger, XXIV S. 436). Reichsversicherungsordnung § 536, 912, 1045, 1222, 1493. Über die vom Texte abweichende Meinung siehe insbes. Gierke, Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung S. 764ff., Deutsches Privatrecht I S. 528ff. (und die dort zitierte Literatur). Ernst Hafter, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, 1903. Schultzenstein, Polizeiwidriges Handeln und Vertretung (Verwaltungsarchiv XIV S. 1ff., insbes. 10, 33). v. Liszt, Lehrbuch d. Deutschen Strafrechts[19] S. 125, 127. v. Lilienthal in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und auswärtigen Strafrechts V 87 (daselbst die Zusammenstellung der Literatur über die Frage). — Keinen Beweis gegen die im Texte entwickelte Auffassung schafft die Vorschrift des Bürgerl. Gesetzbuchs § 31, die den Verein haften läßt für den Schaden, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter einem Dritten durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung zufügt. Diese Regelung entspricht den für das Zivilrecht maßgebenden Verhältnissen. Denn sobald das Gesetz die juristische Person als solche vermögensfähig macht, ist es nur folgerichtig, daß ihr Vermögen unmittelbar einzustehen hat für die Handlungen ihrer Organe, die zu einer Vermögensausgleichung verpflichten. Dazu gehört die Pflicht zum Schadenersatz. Bei ihr kommt es lediglich auf einen unpersönlichen Erfolg, die Vermögensausgleichung, an. Dieser Erfolg läßt sich durch Zwangsvollstreckung in das Vermögen unmittelbar herbeiführen. Bei der Erfüllung einer öffentlichen Pflicht verlangt aber das Gesetz eine persönliche

§ 11. Öffentliche Pflichten und öffentliche Rechte.

Die öffentlichen Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Untertan zeichnen sich aus durch die Ungleichheit der beteiligten Subjekte. Die Herrschergewalt verleiht der öffentlichen Behörde die Fähigkeit, den Untertanen einseitig Leistungen aufzuerlegen. Ob diese in positiven Handlungen (Leistung von Diensten, Sachwerten) oder in einem Unterlassen (Bauverbot) oder in einem Dulden (Zwangsenteignung) bestehen, macht keinen Unterschied. Die einzelnen von der Behörde gegen den Untertan erhobenen Ansprüche gründen sich somit nicht auf subjektive staatliche Rechte,[1] sondern sind Ausflüsse der staatlichen Kompetenz. Anders verhält es sich auf der Seite des Untertans. Von einem allgemeinen Forderungsrechte gegenüber der öffentlichen Gewalt ist hier keine Rede. Die Gesetzgebung hat genau bestimmt, auf welche einzelne positive Leistungen oder Unterlassungen der Untertan Anspruch besitzt. Damit ist gesagt, daß sich auch von dieser Seite her öffentliche Rechtsverhältnisse zwischen Untertan und Herrscher entwickeln.[1a] Aus diesen Erörterungen folgt, daß sowohl öffentliche Verwaltung wie Untertan Träger von öffentlichen Ansprüchen und Rechtspflichten sein können, die in letzter Linie ihren Ursprung in dem erwähnten einen großen Gewaltverhältnis haben. Das juristisch Eigenartige liegt in der rechtlichen Bindung des Herrschers Staat gegenüber dem Untertan. Der rechtsstaatliche Sprachgebrauch hat dies fest-

---

Betätigung des Pflichtigen. Bleibt diese aus, so muß der widerstrebende Wille des Pflichtigen durch Zufügung von Rechtsnachteilen (Exekutivstrafen usf.) gebrochen werden. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, die Mittel (Zwang und Strafe), welche auf einen Willen einwirken sollen, gegen einen physischen Menschen zu richten, weil nur ein solcher sie empfindet und nur auf diesem Wege daher der konkrete angestrebte Erfolg erreicht wird.

[1] Wie in der Periode der landesherrlichen Hoheitsrechte. Vgl. oben § 3. Vgl. auch L. Michoud, la personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine (Festschrift Otto Gierke dargebracht, 1911, S. 493).

[1a] Willenserklärungen mit rechtlicher Wirkung kann auch auf dem Boden des öffentlichen Rechts nur die geschäftsfähige Person abgeben. W. Schönborn, Altersstufen u. Geschäftsfähigkeit im öffentlichen Recht (Archiv f. öff. R. XXIV 126); Kormann, in den Annalen d. Deutschen Reichs 1911, S. 910. Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 285 fg. W. Jellinek, Fehlerhafter Staatsakt S. 87.

gehalten. Er betrachtet das ganze Verhältnis vom Standpunkt des Untertans aus und verwendet demgemäß die Ausdrücke „öffentliche Rechte" und „öffentliche Pflichten" zur Bezeichnung der Ansprüche und Pflichten der Untertanen gegenüber der Staatsgewalt.

I. Die öffentlichen Pflichten in dem soeben erwähnten Sinne beruhen entweder auf der allgemeinen Gehorsamspflicht der Untertanen oder auf besonderen Rechtstiteln.

1. Die allgemeinen Untertanenpflichten (Wehrpflicht, Steuerpflicht, polizeiliche Pflichten) hat jeder Bürger zu erfüllen, an den sich der Befehl der Gesetzes richtet.[2] Der Staat macht sich auf diese Weise die allgemeine Gehorsamspflicht der Bürger zu Nutze.

2. Es gibt jedoch zahlreiche öffentliche Pflichten, die nicht diesem allgemeinen, sondern einem besonderen Gewaltverhältnis entspringen.[3] In ein besonderes Gewaltverhältnis begibt sich z. B. der Bürger, der Beamter wird oder in eine öffentliche Anstalt (Schule, Heer, Zuchthaus) eintritt oder als Brennereibesitzer usf. unter eine besondere Finanzkontrolle gerät. Dienstgewalt,[4] Anstaltsgewalt, Überwachungsgewalt[5]

---

[2] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 108—109.

[3] Laband, Staatsrecht, I[5] S. 433. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 108, Note 13; S. 438ff.; II S. 234ff., 309ff., 335ff., 432 bis 433. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S. 18—21. Paul Kahn, Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Heidelberger Diss. 1912. H. Nawiasky, Forderungs- u. Gewaltverhältnis 1913 (Festschrift f. Zitelmann).

[4] Nicht bloß die Dienstgewalt über die Beamten fällt in Betracht. Auch die militärische Kommandogewalt ist eine besondere Dienstgewalt. Vgl. darüber die sorgfältigen Erörterungen von F. v. Marschall von Bieberstein, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn, 1911, S. 358ff., 374ff. Rehm, Oberbefehl u. Staatsrecht, 1913. — Eine besondere Disziplinargewalt über die versicherten Arbeiter besitzen ferner die Berufsgenossenschaften der Arbeiterversicherung. Reichsversicherungsordnung §§ 848, 851.

[5] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 438ff. Interessante Beispiele für diese besondere Überwachungsgewalt liefert die neueste Steuergesetzgebung des Reichs. Die Inhaber von Betrieben, die sich mit der Herstellung von Zigaretten befassen, — die Inhaber von Brauereibetrieben, von Brennereien, von Schaumweinfabriken, — die Inhaber von Betrieben zur Herstellung von Beleuchtungsmitteln und Zündwaren usw. stehen unter einer besonderen Steueraufsicht. Sie haben eine besondere Steuerkontrolle über sich ergehen zu lassen und dabei Pflichten (z. B. Hilfs-

sind die Hauptbeispiele der besonderen Gewaltverhältnisse.[5a] Für das „besondere Gewaltverhältnis" ist es unerheblich, ob es mit oder ohne Zustimmung des Bürgers zustande kommt; man denke einerseits an das Beamtenverhältnis, andrerseits an den Eintritt in das Heer oder das Zuchthaus. Gleichgültig ist ferner, zu welchem Zwecke das besondere Gewaltverhältnis begründet wird: ob der Eintretende verpflichtet werden soll, für den Staat tätig zu werden (Beamter) oder aber eine staatliche Tätigkeit (Erziehung, Strafe, Überwachung) an sich selbst vollziehen zu lassen. Keinen Unterschied macht es endlich aus, ob durch die Übernahme der gesteigerten Pflichten des besonderen Gewaltverhältnisses die Einräumung besonderer Vorteile erkauft werden soll,[6] oder ob es auf die Begründung eines reinen Pflicht-

---

dienste zu Gunsten der Steuerbehörden) zu erfüllen, die die einfachen Steuerpflichtigen nicht treffen. Zigarettensteuergesetz v. 1909 § 14; Brausteuergesetz v. 1909 §§ 34, 36, 50; Branntweinsteuergesetz v. 1909 § 99; Schaumweinsteuergesetz v. 1909 §§ 10 bis 11; Leuchtmittelsteuergesetz v. 1909 § 12; Zündwarensteuergesetz v. 1909 §§ 17, 34 usw.

[5a] Kein besonderes Gewaltverhältnis wird dagegen durch den Eintritt eines Mitglieds in einen privatrechtlichen Verein begründet. Heinsheimer, Mitgliedschaft und Ausschließung S. 23 ff.

[6] So bedürfen Kriegervereine an sich keiner staatlichen Genehmigung. Kommt der Verein aber um die staatliche Bestätigung ein und wird diese ihm erteilt, so erwirbt er in Preußen (nach der Kabinettsordre v. 22. Febr. 1842) eine Reihe von Vorrechten, die über die Befugnisse gewöhnlicher Vereine hinausgehen: der Verein erhält die Befugnis zur Veranstaltung von militärischen Begräbnissen ohne besondere polizeiliche Erlaubnis; die Mitglieder erwerben ferner das Recht zum Tragen der Uniform bei bestimmten Gelegenheiten usw. Andrerseits unterwirft sich der Verein aber einer besonderen Aufsicht der Behörde. Preuß. OVG. 29. Januar 1909 (Entsch. Bd. 54, S. 277). Zimmer, Art. „Kriegervereine" im WB. des Verwaltungs-Rechts[2] II 674. Reichsvereinsgesetz § 11 und dazu Stier-Somlo, Reichsvereinsgesetz, S. 148, 162. — Ein andres Beispiel bietet die sog. Reglementierung der gewerbsmäßigen Unzucht. Die gewerbsmäßige Unzucht ist strafbar (RStGB. § 361, Ziff. 6). Dadurch jedoch, daß die Prostituierte in eine Kontrolliste „eingeschrieben", „Kontrolldirne" wird, gelangt sie unter eine besondere Aufsicht, sie tritt in ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zur Polizei. Sie hat deshalb einerseits besondere Pflichten zu erfüllen, die ihr von der Polizei zur Sicherung der Gesundheit (periodische sanitäre Untersuchungen), der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes (Anweisung bestimmter Straßen) auferlegt werden und deren Mißachtung nach StGB. § 361, Ziff. 6 bestraft wird. Andrerseits aber erwirbt sie durch die „Einschreibung" die Möglichkeit, die

verhältnisses abgesehen ist. Durch den Eintritt in ein besonderes Gewaltverhältnis wird der Bürger ein arbeitendes oder zu bearbeitendes Glied des staatlichen Verwaltungsapparates. Als solchem sind ihm besondere, über die allgemeinen Untertanenpflichten hinausgehende Pflichten zugewiesen. Die Gehorsamspflicht des Bürgers wird gesteigert. Sie erstreckt sich auf alle Befehle, die dem Eingetretenen im Interesse des in dem Gewaltverhältnis verkörperten Verwaltungszweckes (Erziehung, Strafe, Überwachung usf.) von der vorgesetzten Behörde erteilt werden. Fundament und Grenzmauern jedes besonderen Gewaltverhältnisses stammen vom Gesetzgeber her.[7] Die Ausfüllung des freien Raumes aber, d. h. die Erteilung der ungezählten Einzelanordnungen, die zur Erreichung des besonderen Zweckes erforderlich sind, ist dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde überlassen, welche der Anstalt oder dem Verwaltungszweig vorsteht.[7a] Die besondere

---

gewerbsmäßige Unzucht straflos ausüben zu können. Vgl. darüber Gustav Roscher, Großstadtpolizei, 1912, S. 256 ff., Mittermaier, in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. IV (1906) S. 157 ff., insbes. S. 162. Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Gewerbsmäßige Unzucht", Bd. I² S. 816, und Art. „Sittenpolizei", Bd. II² S. 555. Frank, Strafgesetzbuch[10], S. 618. Schlusser, Badisches Polizeistrafrecht, 3. Aufl. (bearbeitet von Ernst Müller), 1908, S. 474—475. Vgl. ferner den Bescheid des Hamburger Oberstaatsanwalts v. 16. Dez. 1900 (Reger, XXII 402); ferner Reger, XX 91; XXI 42; XXVI 289. Dagegen ist die Behörde nicht befugt, eine Frauensperson durch Zwangsmaßregeln dazu anzuhalten, daß sie sich als „Kontrolldirne" einschreiben läßt. Bruck, Verfassungs- und Verwaltungsrecht von Elsaß-Lothringen II S. 195.

[7] Wie Mittermaier in der in der vorangehenden Anm. zitierten Abhandlung hervorhebt, ist jedoch die gesetzliche Grundlage für die Reglementierung der Prostitution nicht einwandfrei.

[7a] Im einzelnen Fall kann die Beantwortung der Frage Schwierigkeiten bereiten, wo dieses besondere Gewaltverhältnis aufhört und der Bereich beginnt, in dem der Einzelne der Behörde lediglich als einfacher Bürger gegenübersteht und in dem er sich daher ebenso frei bewegen darf, wie die übrigen Untertanen. Das wird wichtig z. B. im Beamtenverhältnis. Anerkannt ist, daß Dienstbefehle, die das Privatleben betreffen (z. B. der Befehl, an einem bestimmten Tag die Kirche zu besuchen oder eine bestimmte Zeitung zu halten oder nicht zu halten), unverbindlich sind. Andererseits aber ist das Privatleben des Beamten für den Staat nicht bedeutungslos. Vgl. z. B. Reichsbeamtengesetz § 10: Der Reichsbeamte hat „durch sein Verhalten in und außer dem Amte

Befehlsgewalt dieser Behörde ist aber nichts anderes, als die öffentliche Gewalt selbst, die sich für die Erreichung dieses besonderen Verwaltungszweckes besondere Zwangsmittel (Disziplinarmittel u. dgl.) ausgebildet hat. Wie oben (§ 4) näher ist dargelegt worden, bilden Anstaltsverordnungen, Verwaltungsregulative usf. die Formen, in welche diese erwähnten allgemeinen Dienstbefehle eingekleidet werden.[8]

3. Kann der Einzelne öffentliche Pflichten auch freiwillig übernehmen? Man beruft sich, um die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens darzutun, auf das Beamtenverhältnis, das von Gesetzeswegen regelmäßig nur mit Zustimmung des Betroffenen begründet werden kann[9]. Das beweist jedoch nur, daß zu den gesetzlichen Voraussetzungen eines vom Gesetze fest geordneten Rechtsverhältnisses die Einwilligung des Betroffenen gehört. Damit ist aber die ganz andere Frage noch nicht beantwortet, ob der Bürger durch eine der Verwaltungsbehörde gegenüber abgegebene Willenserklärung neue öffentliche Pflichten begründen kann, die weder zu den allgemeinen Untertanenpflichten

---

der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen." Wie weit unterliegen Handlungen des Privatlebens, außeramtliche Akte, der Kontrolle der vorgesetzten Dienstbehörde? wie weit darf diese den Beamten für solches außeramtliches Verhalten Anweisungen und Befehle erteilen und ihn zur Rechenschaft ziehen? Das läßt sich nur von Fall zu Fall beurteilen. Als Regel muß gelten, daß die Handhabung der Dienstgewalt nie zu einer völligen Lahmlegung bürgerlicher oder staatsbürgerlicher Rechte des Beamten führen darf. Max Ernst Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten (in der Festgabe der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Straßburg f. Paul Laband, 1908). Laband, Staatsrecht, I[5] S. 460ff. P. Heilborn, Die Pflicht der preußischen und der Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle (Festschrift Otto Gierke dargebracht, 1911, S. 125). Dieselbe Schranke besteht für die Gewalt der militärischen Vorgesetzten insbesondere auch gegenüber dem bürgerlichen Leben der Reserveoffiziere (Literatur hierüber im WB d. VerwR[2] II 848, 859). F. v. Marschall, Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des obersten Kriegsherrn S. 378 ff., 435 ff.

[8] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 435 weist dies insbes. nach für die sog. Finanzregulative. Über die Anstaltsverordnungen: Thoma, Polizeibefehl im Badischen Recht I S. 347ff. Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 185—186.

[9] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 98.

gehören, noch aus einem der gesetzlich vorgesehenen besonderen Gewaltverhältnisse entspringen.

Bei der Entscheidung dieser Frage ist davon auszugehen, daß Pflichten, die der Einzelne außerhalb der Sphäre des öffentlichen Rechts freiwillig übernimmt, keine öffentlichrechtlichen Wirkungen erzeugen. Der Gasthofbesitzer, der sich aus geschäftlichen Gründen dazu verpflichtet, eine Subvention zu zahlen, wenn der Staat eine neue Bahnlinie baut; der Rittergutsbesitzer, der der armen Dorfgemeinde versprochen hat, das Brennholz für die Heizung der Schulzimmer zu liefern — sie haben privatrechtliche Verpflichtungen übernommen. Anders dagegen gestaltet sich die Rechtslage, wenn in einem konkreten, von Gesetzeswegen dem öffentlichen Recht unterstellten Verhältnis die Grenze zu Ungunsten des Bürgers verschoben werden soll. Man denke an das Verhältnis des Baulustigen oder des Gewerbetreibenden zur Polizeibehörde oder an das des Steuerzahlers zur Steuerbehörde. Was in diesem Bereiche geschieht, untersteht dem öffentlichen Recht. Daher kann allein hier von freiwillig übernommenen öffentlichen Pflichten die Rede sein. Werden aber solche vom geltenden Verwaltungsrechte anerkannt?

Nach der bekannten Formel der Verfassungsurkunden bedürfen Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Untertanen der gesetzlichen Grundlage. Die Vorschrift ist zum Schutze der Freiheit der Staatsbürger erlassen worden. Diese Freiheit aber wäre verletzt, wenn dem Bürger versagt bliebe, über sie im Verkehr mit dem Staate nach eigenem Willen zu verfügen.[10] So oft daher der Bürger mit Bezug auf ein konkretes öffentliches Rechtsverhältnis, an dem er als Pflichtsubjekt beteiligt ist, eine über die gesetzlichen Pflichten hinausgehende besondere Pflicht freiwillig übernimmt, verschafft er der Verwaltungsbehörde die Kompetenz zu einem das gesetzliche Maß übersteigenden Eingriff. Man wende nicht ein, von einer solchen Ermächtigung dürfe die Verwaltungsbehörde keinen Gebrauch machen, denn sie habe sich allein nach den Normen des Gesetzes zu richten; der Wille des Untertans vermöge keine neuen Rechts-

[10] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 98; II S. 281. Laband, Staatsrecht II[5] S. 195. Jellinek, System der subjektiven öffentl. Rechte S. 340. Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse S. 26. Rumpelt, Sächs. Baugesetz[4] S. 85ff.

vorschriften zu schaffen.[11] Denn gerade hier zeigt es sich, daß für die Verwaltungsbehörden die Verwirklichung des Rechts nicht Selbstzweck ihrer Tätigkeit bedeutet. Das Gesetz richtet ihnen lediglich im Interesse des Bürgers Schranken auf an dem Wege zu einem vom Rechtszwecke verschiedenen Ziele — Schranken, die der Bürger beseitigen kann. Tut er dies, so ermächtigt er die öffentliche Verwaltung, in seine Freiheitssphäre einzugreifen.[12]

Die ganze Erscheinung wird in das richtige Licht gerückt, wenn man die Umstände beachtet, unter denen sich der erwähnte Rechtsvorgang abspielt. Z. B.: Der Wirt sucht um die Erlaubnis nach, eine Wirtschaft während dreier Monate betreiben zu dürfen, da er weiß, daß ein Gesuch auf Errichtung einer neuen ständigen Wirtschaft wegen mangelnden Bedürfnisses würde abgelehnt werden; die Behörde entspricht dem Antrag und gewährt eine Schankkonzession auf drei Monate, trotzdem ihr das Gesetz (GewO. § 40) — im Interesse des Bürgers — verbietet, Konzessionen auf Zeit zu erteilen.[13] Ähnlich verhält es

---

[11] Urt. des preuß. OVG. v. 21. Febr. 1893 (Entsch. Bd. 24, S. 369). F. J. Roth, Bad. Landesbauordnung, 2. Aufl., 1909, S. 7.

[12] Eine solche Willenserklärung wirkt konstitutiv; es liegt kein Vertrag mit der Behörde vor. Otto Hirsch, Baulasten S. 45. — Gegen die im Text verteidigte Ansicht vgl. Preuß. Ob.-Verw.-Ger. v. 12. März 1884 (Entscheidungen Bd. 10, S. 288): Der erste Richter hatte die Schankkonzession verweigert, weil ein Bedürfnis nicht vorhanden sei. Einem Eventualantrag des Klägers entsprechend hatte der Berufungsrichter erkannt, es sei dem Kläger die erbetene Schankkonzession unter der Bedingung zu erteilen, daß er nicht weibliche Bedienung im Schanklokale halte. Auf Revision der Polizeiverwaltung hob das Oberverwaltungsgericht als Revisionsinstanz das Urteil auf: das Gesetz kenne keine derartige Verpflichtung, und der Kläger könne nicht auf ein gesetzliches Recht verzichten. (Dem Oberverwaltungsgericht stimmt zu: Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, 1910, S. 354.) Darüber, wie es sich mit dem Verzicht verhält, vgl. unten am Schluß des § 11.

[13] Vgl. die Kommentare zur Reichsgewerbeordnung (§ 40) von Schenkel und Schicker. — Literatur und Judikatur im allgemeinen im Kommentar von Landmann, Gewerbeordnung,[6] I S. 421. Lindenberg, Reichsgewerbeordnung, 1913 S. 64. Landmann und das preuß. Oberverwaltungsgericht (Entsch. Bd. 52, S. 374) haben sich gegen die im Text vertretene Auffassung ausgesprochen. Preuß. OVG. 16. Oktober 1911 (Entscheidungen Bd. 61, S. 345): im Einverständnis mit dem Ge-

sich bei der Übernahme einer Verpflichtung, ein Grundstück nicht oder nur teilweise zu überbauen[14] u. a. m. Der Bürger übernimmt in solchen Fällen eine Mehrleistung über das gesetzliche Maß hinaus regelmäßig nur, um dadurch ein Hindernis zu beseitigen, das der Erteilung einer Polizeierlaubnis, einer Dispensation, einer Konzession u. dgl. im Weg gestanden hat.

Sobald sich aber der Bürger von dem festen Boden des Gesetzes entfernt, so entsteht für ihn die Gefahr, daß er sich unter dem Drucke der äußeren Umstände zu einer Überspannung seiner Versprechungen bereit finden läßt.[15] Hier gewährt die Rechtsordnung Schutz. Der Satz, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist (BGB. § 138), gilt auch im öffentlichen Recht.[16] Der Verfügung der Behörde, die sich

---

suchsteller hatte der Magistrat die Schankkonzession erteilt, „solange die Räume zum Betrieb einer Herberge benutzt werden"; das Oberverwaltungsgericht erklärte diese Schankkonzession für ungültig.

[14] Walz, in der Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege, Bd. 35 (1903) S. 246.

[15] Zum „abscheulichen Exempel" soll hier auf folgende Praxis preußischer Gemeindebehörden hingewiesen werden: Der § 12 des preuß. Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 ermächtigt die Gemeinden, durch Ortsstatut festzustellen, daß an Straßen, die noch nicht fertig hergestellt (d. h. erst projektiert) sind, „Wohnhäuser, die nach diesen Straßen einen Ausgang haben, nicht errichtet werden dürfen." Verwaltungsbehörden und Gerichte halten jedoch dafür, daß die Gemeinden von einem solchen ortsstatutarischen Bauverbot dispensieren dürfen. Die Dispensation wird jedoch, nach einer festen Praxis, erst gewährt, nachdem sich der Gesuchsteller zu einer ganzen Reihe von Zugeständnissen verpflichtet hat, die ihm die Gemeinde als conditio sine qua non auferlegt, z. B.: Kaution für Anliegerbeiträge, unentgeltliche Abtretung von Grundeigentum an die Gemeinde; Beschränkungen der Baufreiheit u. a. m. Vgl. darüber Piutti und Bredt, Das kommunale Bauverbot, 1909 (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von E. Heymann, Nr. 2). P. Alexander-Katz, Ortsstatutarische Bauverbote in Preußen, 1911. — Gegen die im Text vertretene Auffassung und für die Zulässigkeit der charakterisierten Praxis: Dierschke, Ortsstatutarische Bauverbote, 1907 (dazu die Kritik von Fleiner, im Archiv für öffentl. Recht XXIII 524) und Dierschke, Die Reformbedürftigkeit des kommunalen Bauverbots (Verwaltungsarchiv XVII 441). Benkard, Verträge über Ausnahmen vom statutarischen Bauverbote (Verwaltungsarchiv XVII 359). Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 67, S. 291.

[16] Die Neue Bauordnung f. Württemberg v. 1910 schreibt vor (§ 99 Abs. 3), die Rechtsgültigkeit von Erklärungen, in welchen der Eigentümer

auf eine derartige Zustimmung des Bürgers stützt, ist häufig noch auf einem andern Wege beizukommen. Durch die Einwilligung des Betroffenen wird für die Behörde niemals die Kompetenz begründet, eine rechtlich verbotene Leistung zu fordern oder eine gesetzlich vorgeschriebene Handlung zu untersagen oder ihr freies Ermessen zu überschreiten oder zu mißbrauchen dadurch, daß sie bei der Besorgung einer Verwaltungsaufgabe andere Ziele verfolgt und andere Mittel zur Anwendung bringt, als das Gesetz sie vorsieht. Geht die Behörde nach der einen oder andern Richtung über ihre Zuständigkeit hinaus, so ist ihre Verfügung ungültig (s. §§ 9 u. 12).[17]

Über die Form, in der der Bürger die erwähnten öffentlichen Pflichten freiwillig übernimmt, wird in § 12 die Rede sein.

Jede freiwillig übernommene Pflicht bindet den allein, der sie sich aufgebürdet hat. Eine Nachfolge in eine solche Pflicht findet nur auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift statt. Vgl. darüber oben § 10.

II. Im täglichen Leben wird jeder Anspruch, den der Einzelne gegen den Staat zu erheben befugt ist, als subjektives Recht dieser Person bezeichnet. So spricht man von einem Recht auf Benutzung der öffentlichen Straße oder einer öffentlichen Anstalt, von einem Recht auf Armenunterstützung und auf Rückforderung zuviel bezahlter Steuern, von einem Recht auf Erteilung einer Polizeierlaubnis usf. Die nähere Betrachtung zeigt jedoch, daß dieser Sprachgebrauch verschiedene Dinge zusammenwirft. Nicht jeder Vorteil, der dem Einzelnen dem objektiven Rechte gemäß zufließt, bildet den Inhalt einer subjektiven Berechtigung.

1. Zwei verschiedene Wege stehen dem Verwaltungsgesetzgeber zur Wahl, der den Untertanen staatliche Leistungen will zukommen lassen:[18] entweder kann er die Verwirklichung seiner Anordnungen ausschließlich in die Hand der Behörden legen und den einzelnen Bürger auf den allgemeinen Anspruch gegen-

---

freiwillig Baulasten übernimmt, seien nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen.

[17] Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 158. Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse S. 28. Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts IV S. 364, 375.

[18] v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts I S. 53ff. Kormann, Grundzüge eines allg. Teils (Annalen d. Deutschen Reichs 1911, S. 913ff.).

über den Behörden beschränken, daß sie die zu seinen Gunsten erlassenen Gesetze vollziehen (Gesetzvollziehungsanspruch, Interessenbefriedigungsanspruch); oder aber ein bestimmtes Gesetz kann jedem einzelnen Bürger konkrete, genau abgegrenzte Ansprüche auf die einzelnen im Gesetz ihm zugedachten Leistungen zubilligen, so daß der damit Bedachte bei der Geltendmachung der einzelnen Ansprüche der zur Gesetzesvollziehung verpflichteten Behörde gegenübertritt wie der Gläubiger dem Schuldner. Im ersten Fall enthalten die Gesetzesvorschriften Normen bloß objektiven Rechtes; ihr Adressat ist die Behörde, und dem Untertan kommt der materielle Erfolg der einzelnen Rechtsvorschrift als eine Reflexwirkung der Gesetzesvollziehung zu; man spricht hier ungenau von „Reflexrechten".[19] Im zweiten Fall dagegen besitzt der Untertan subjektive öffentliche Rechte auf bestimmte staatliche Leistungen.

Die beiden Formen sind jedoch nicht etwa Gesetzgebungsprinzipien, die sich ausschließen. Der Gesetzgeber entscheidet frei darüber, ob er die Leistungspflicht der öffentlichen Verwaltung lediglich durch Erteilung von objektiven Rechtsbefehlen an die Behörden oder durch Zuerkennung von subjektiven Rechten an die Untertanen begründen will. Daraus erhellt, daß dieselbe Forderung des Bürgers gegen die öffentliche Verwaltung in dem einen Staate als subjektives öffentliches Recht kann ausgestaltet sein, während sie in einem andern Staat nur der Reflex objektiven Rechtes ist.

Es hält nicht leicht, das bloß objektive Recht von den Normen zu unterscheiden, welche subjektive Rechte begründen. Man hat, um einen festen Punkt zu gewinnen, das ausschlaggebende Merkmal in dem größern Rechtsschutz erblicken wollen, mit dem das subjektive Recht ausgestattet sei, im Gegensatz zu der bloß durch den allgemeinen Gesetzvollziehungsanspruch beschirmten Forderung des Bürgers.[20] Allein ohne Grund.[21] Beschwerde und

[19] Jhering, in den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen gemeinen Rechts X S. 245. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 67. Über die Stufenleiter der Individualisierung vom „Interesse" bis zum „subjektiven Recht": Merkel, Juristische Encyklopädie §§ 150 bis 159.

[20] Jellinek, System der subjektiven öffentl. Rechte S. 101.

[21] Vgl. dazu die eindringenden Erörterungen von Laband, im Archiv f. öffentl. Recht XIX S. 614.

Schadenersatzklage gegen den schuldigen Beamten (unten §§ 14 und 16) stehen dem Bürger zu Gebote, mag es sich um Verletzung eines subjektiven Rechtes oder um Verletzung bloß objektiven Rechtes handeln. Denn gerade an diesem Punkte zeigt sich deutlich der Unterschied zwischen einer Vorschrift der Dienstinstruktion, die den Beamten nur nach innen bindet, und einer Norm des objektiven Rechtes, deren Vollziehung eine dem Beamten „einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht" (BGB. § 839) darstellt. Überdies hat nicht selten der Gesetzgeber auch einen verwaltungsgerichtlichen Schutz im bloßen Interesse der Aufrechterhaltung der objektiven Rechtsordnung („dans l'intérêt de la loi") ausgebildet (unten § 15) und hat damit die Grenzlinie vollends verwischt. Die Entscheidung über den Charakter der einzelnen Gesetzesvorschrift hängt endlich auch nicht davon ab, ob die Behörde einen gesetzlichen Anspruch von sich aus zu befriedigen hat oder ob sie einen Antrag des Untertans abwarten muß.[22]

Die Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten und Reflexwirkungen objektiven Rechts ist eine rechtsstaatliche Erfindung. Wir verlangen vom Rechtsstaate in erster Linie, daß er jedem Untertan dieselben Ansprüche gegen die öffentliche Verwaltung verleihe. Am sichersten wird dieser Forderung dadurch genügt, daß das Gesetz von vornherein jedem Bürger den gleichen Anspruch auf eine staatliche Leistung in die Hand gibt. Durch diese Art der Verbindung von Anspruch und Person entsteht ein subjektives Recht. Es ist richtig, daß die Rechtsgleichheit der Bürger auch durch die Aufstellung von Normen bloß objektiven Rechts erzielt werden kann.[23] Durch die Erhöhung eines Anspruchs zum subjektiven Recht wird der Anspruch inhaltlich nicht erweitert, wohl aber empfängt er eine

---

[22] Beispiele: Trotzdem das Wahlrecht ein subjektives öffentliches Recht ist, hat die Behörde den Wahlberechtigten von Amtswegen in die Wählerliste einzutragen (Wahlgesetz f. den Reichstag v. 1869 § 8). Andrerseits tritt die Gewährung von Armenunterstützung regelmäßig erst auf Antrag ein, obgleich der Unterstützungsanspruch nicht den Charakter eines subjektiven Rechts trägt. (Wohlers-Krech, Unterstützungswohnsitzgesetz[12] S. 83.)

[23] Laband, Staatsrecht I[5] S. 331, III[5] S. 207, erblickt in den öffentlichrechtlichen Normen grundsätzlich bloße Vorschriften objektiven Rechts.

wesentliche Verstärkung. Denn für den Bürger macht es einen Unterschied aus, ob das ihm zugedachte Stück Brot ihm vom Gesetzgeber bereit gelegt worden ist, oder ob er es sich von der Verwaltungsbehörde vom Laib muß zuschneiden lassen. Diese Erwägung hat zur Aufstellung eines Katalogs besonderer „Grundrechte" in den einzelstaatlichen Verfassungsurkunden geführt.[23a] In der Folge hat dann die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte weiteren Vorschub geleistet. Denn wenn es dem Bürger gelingt, einen Anspruch zum subjektiven Recht zu stempeln, so ist ihm nach den meisten Gesetzen der verwaltungsgerichtliche Schutz gesichert.[24] Alle diese Momente haben die Tendenz zur Anerkennung subjektiver Rechte gestärkt. Was hat aber das subjektive Recht vor dem allgemeinen Gesetzvollziehungsanspruch voraus?

Durch das subjektive Recht wird der vom Gesetze gewollte Erfolg in individualistischer Form herbeigeführt. Das Einzelinteresse gibt den Ausschlag. Die Schranken, die das Gemeininteresse dem Einzelrecht zieht, sind vom Gesetze selbst bei der Zumessung des Rechtsinhaltes bereits berücksichtigt. Darum kann der Gesetzgeber subjektive Rechte in allen den Fällen nicht begründen, in denen er der mit der Gesetzesvollziehung betrauten Behörde freie Hand lassen muß, die Ansprüche der Bürger den wechselnden Bedürfnissen des Verkehrs, der finanziellen Leistungsfähigkeit einer Verwaltungseinrichtung u. a. m. anzupassen; denn hier muß die Behörde die Möglichkeit behalten, die den Einzelnen zugesicherten Vorteile zu mindern, zu ent-

---

[23a] E. Eckhardt, Die Grundrechte vom Wiener Kongreß bis zur Gegenwart 1913 (Abhandlungen a. d. Staats- u. Verwaltungsrecht herausgegeben von Brie u. Fleischmann, Heft 30).

[24] Deshalb, weil nach den meisten Verwaltungsgerichtsgesetzen zur Klage an das Verwaltungsgericht nur der legitimiert erscheint, dessen „Rechte" verletzt worden sind. Das Bestreben, in möglichst weiten Gebieten Rechtsschutz zu gewähren, hat z. B. die Praxis des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts veranlaßt, sogar dem allgemeinen Anspruch der Nachbarn des Bauenden auf Einhaltung bestimmter Bauvorschriften den Charakter eines subjektiven Rechts zuzuerkennen. (Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts IX 216; XVII 296.) S. oben S. 147. — Dieselbe Tendenz in der Praxis des preuß. Oberverwaltungsgerichtes weist Jebens, Verwaltungsrechtliche Aufsätze S. 284ff., nach.

ziehen oder sie nur einem beschränkten Personenkreise zukommen zu lassen,[25] ohne dabei auf jura quaesita zu stoßen. Aus diesem Grund sind z. B. die Ansprüche der Einzelnen auf Benützung der öffentlichen Straßen, der öffentlichen Anstalten (Krankenhäuser, Museen, Bibliotheken),[26] der Anspruch auf Armenunterstützung,[27] die Ansprüche auf den „Bürgernutzen“[28] u. a. m. nach den meisten Gesetzen nicht zu Individualrechten ausgestaltet worden. Der Einzelne besitzt gegen die öffentliche Verwaltung lediglich den allgemeinen Anspruch, daß das Gesetz vollzogen werde.

Und das Ergebnis: subjektives Recht und Reflex objektiven Rechts unterscheiden sich durch kein äußeres Merkmal. Darin liegt die formale Schwäche des Gegensatzes. In welcher der beiden Gestalten dem Bürger die Befriedigung eines konkreten Interesses zugesichert ist, muß auf Grund sorgfältiger Gesetzesauslegung für jedes Institut besonders festgestellt werden. Wo daher in den weitern Erörterungen dieses Buches von „öffentlichen Ansprüchen“ schlechthin die Rede ist, sind darunter sowohl die Ansprüche verstanden, die durch den allgemeinen Gesetzvollziehungsanspruch gedeckt werden, wie jene, welche in subjektiven öffentlichen Rechten feste Gestalt gewonnen haben.[29]

2. Wo subjektive öffentliche Rechte[30] anerkannt sind, erscheint als Berechtigter der einzelne Untertan, als Verpflichteter der

---

[25] Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 37ff.

[26] Vgl. unten § 18.

[27] Vgl. die Erörterungen von Eger in seinem Kommentar zum Unterstützungswohnsitzgesetz, § 61.

[28] Selbstverständlich kann der Gesetzgeber auch hier bürgerliche Sondernutzungsrechte als Individualrechte begründen. Vgl. über die verschiedenen Ausgestaltungen Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung S. 198ff. und Deutsches Privatrecht Bd. I S. 606ff.

[29] Vgl. über den Begriff des Anspruchs im Privatrecht: v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts I S. 240ff.

[30] C. F. Gerber, Über öffentliche Rechte, 1852. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905; Allgemeine Staatslehre[3] S. 416ff. Santi Romano, La teoria dei Diritti publici subiettivi (Orlando, Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano, I 1900). Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I § 9. v. Stengel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte (Verwaltungsarchiv III, 177). Andersseu, Das subjektive Recht (Grünhuts Zeitschrift f. d. Privat- und öffentl.

Träger der öffentlichen Gewalt. Der Träger der öffentlichen Gewalt als solcher ist dem Untertan zu einer bestimmten Leistung rechtlich verpflichtet. Er hat m. a. W. die öffentliche Gewalt nach bestimmten Richtungen zu Gunsten des Untertans auszuüben.[31] Als ein umfassendes subjektives Recht läßt sich daher auch der allgemeine Gesetzvollziehungsanspruch charakterisieren. Im eigentlichen Sinne sprechen wir jedoch von subjektiven Rechten nur in den Fällen, in denen das Gesetz an die Stelle dieses allgemeinen Anspruchs eine Forderung auf eine genau abgegrenzte Leistung hat treten lassen. Überblickt man in Gesetzgebung und Praxis alle hier in Betracht fallenden Erscheinungen, so gewinnt man folgendes Bild:[31a] Der Untertan besitzt ein Recht darauf, daß die öffentliche Verwaltung ihm bestimmte positive Leistungen gewähre. Hauptbeispiele: Die Ansprüche auf Bezüge und Zuwendungen finanzieller Art (Beamtengehalt, Pension, Krankengeld usf.); der Anspruch auf Erteilung des sog. Patentschutzes usw.; der allgemeine Rechtsschutzanspruch, der den Untertan mit der Befugnis ausstattet, die öffentliche Gerichtsgewalt zu seinen Gunsten in Bewegung zu setzen usf.[32] Die zweite Kategorie öffentlicher Rechte bilden die Ansprüche der Bürger auf Teilnahme an der Staatsgewalt. Man bezeichnet sie als „politische Rechte": das Wahlrecht; das Recht, als Geschworener oder Schöffe tätig zu sein; das Recht des Monarchen auf die Krone usw. Die dritte Kategorie stellen die sog. individuellen

---

Recht Bd. 38, S. 603). Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, S. 567ff. v. Stengel-Giese, Art. „Öffentliche Rechte u. Pflichten" im WB d. VerwR² III 4. Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1913. Hauriou, Principes de Droit public, 1910 p. 540.

[31] Mit Hilfe dieses Satzes rechtfertigt das Kgl. Sächsische Oberverwaltungsgericht die Auffassung, daß ein Baugesetz auch subjektive öffentliche Rechte zu Gunsten der Nachbarn eines Baubewerbers begründen könne (s. oben § 10, Anmk. 36): es verleiht dem Berechtigten „dergestalt eine rechtliche Macht über die öffentliche Gewalt, daß er letztere behufs Schutzes seiner Interessen zum Einschreiten zwingen darf." Entscheidung vom 14. Oktober 1908 (Jahrbücher XIII, S. 4ff., insbes. S. 10).

[31a] Ein abweichendes Einteilungsprinzip stellt Kormann, Grundzüge S. 915ff. auf (Annalen d. Deutschen Reichs 1911).

[32] Wach, Zivilprozeßrecht I S. 19. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 124. Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts S. 291ff.

Freiheitsrechte dar, d. h. Ansprüche der Bürger auf eine staatsgewaltfreie Sphäre: Glaubens- und Gewissensfreiheit, Gewerbefreiheit, Preßfreiheit, Vereinsfreiheit, Eigentumsfreiheit usw. Durch die Gewährleistung derartiger Freiheitsrechte verleiht der Staat dem einzelnen Bürger keine Befugnis, die er vorher nicht schon besessen hätte. Denn die Möglichkeit, Vereine zu bilden, sich seinen Glauben frei zu wählen, ein Gewerbe auszuüben usw. ist ein Ausfluß der natürlichen Handlungsfreiheit[33] der Person; das Eigentumsrecht aber steht dem Einzelnen kraft der staatlichen Privatrechtsordnung zu und ist ihm nicht durch die Verfassungsurkunde verliehen. Den Gegenstand der Gewährleistung bildet somit die Zusage, der Staat dürfe diese Rechte und Rechtsgüter des Individuums nicht beschränken. Das Freiheitsrecht gibt damit dem Bürger einen Anspruch auf ein Nicht-Handeln der Staatsgewalt.[34] Diese Rechte enthalten daher nichts anderes, als eine Negation der staatlichen Kompetenz: der Staat soll in die Individualsphäre nicht eingreifen. Sie wiederholen somit für ihren Bereich den Rechtsgrundsatz, den der Rechtsstaat in einer viel allgemeineren Form aufgestellt hat, den Satz nämlich, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger der gesetzlichen Grundlage bedürfen. Die Verfassungsurkunden haben eine besondere Garantie der „individuellen Freiheitsrechte" nur aus historischen Gründen ausgesprochen. Sie haben damit ausdrücklich hervorheben wollen, daß die Beschränkungen, die der Bürger im Polizeistaat als besonders drückend empfunden hatte, endgültig beseitigt seien. Die Freiheitsrechte verstärken somit nach bestimmten Richtungen die Rechtslage des einzelnen Bürgers gegenüber der öffentlichen Gewalt. Dadurch haben sie aber den Charakter von Individualrechten angenommen.[35]

---

[33] Aus diesem Grund sprechen viele Autoren den „individuellen Freiheitsrechten" den Charakter von subjektiven Rechten ab. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., S. 46 und die dort zitierten Schriftsteller. — Vgl. auch v. Tuhr, Allg. Teil d. Bürgerl. Rechts I S. 148ff., 319. Vgl. auch unten § 23; Anmerk. 7.

[34] v. Laun, Freies Ermessen S. 96; Das Recht zum Gewerbebetriebe S. 26.

[35] Anschütz, Verfassungsurkunde f. d. Preußischen Staat I S. 96. — Eine selbständige Bedeutung kommt dagegen der Gewährleistung

Aus der dargelegten Auffassung heraus ist endlich eine Beurteilung der Frage möglich, ob und wie weit ein Verzicht auf öffentliche Rechte zulässig ist. So sehr auch die einzelne Leistung das individuelle Interesse der einzelnen Bürger befriedigen mag, so bleibt sie doch stets ein Teilstück eines Gesamterfolges. Dieser Gesamterfolg aber wird vom Gesetze im Gemeininteresse angestrebt. Man mache sich nur klar, welche höheren Ziele der Gesetzgeber erreichen will, z. B. mit der Arbeiterversicherung oder der Gewährung von Beamten-Gehalt und -Pension oder der Anerkennung der Gewerbefreiheit. Daraus folgt, daß grundsätzlich ein Verzicht auf ein öffentliches Recht unwirksam ist.[36] Wohl aber kann der Berechtigte von der Ausübung seines

---

der individuellen Freiheitsrechte in der Schweizerischen Bundesverfassung v. 29. Mai 1874 zu. Die kantonalen Rechte haben vor dem Jahre 1874 Beschränkungen der natürlichen Handlungsfähigkeit der Bürger in sehr verschiedenem Maße zugelassen. Die Schweiz ist deshalb weit entfernt gewesen von der Gemeinsamkeit der Anschauungen, wie sie heute zwischen den verschiedenen Landesgesetzgebungen Deutschlands besteht. Dieser Rechtszersplitterung hat die Bundesverfassung v. 29. Mai 1874 ein Ende bereitet. Sie hat von Bundeswegen die kantonalen Einschränkungen der individuellen Freiheit auf bestimmten Gebieten aufgehoben und dies dadurch sichergestellt, daß sie jedem Bürger ein Individualrecht („verfassungsmäßiges Recht") auf Nicht-Einmischung der kantonalen Staatsgewalt in die in der Bundesverfassung einzeln aufgeführten individuellen Betätigungen (Glaubensfreiheit, Gewerbefreiheit usf.) zugebilligt hat. Die Garantierung gewisser Freiheitsrechte in der Bundesverfassung zielt deshalb nicht auf eine Verstärkung einer ohnehin gewährleisteten Rechtslage ab, sondern auf eine Beschränkung der kantonalen Staatsgewalten. S. auch Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 122.

[36] Daher ist ein allgemeiner Verzicht auf Gehalt, Pension, Armen- und Krankenunterstützung, Unfallentschädigung u. dgl. unwirksam. Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 311. Urteil des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts vom 10. September 1906 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts Bd. IX S. 249 und Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts Bd. 2, S. 54 Nr. 6). Für die Arbeiterversicherung: Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden XXIX S. 555. Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht I S. 389 Nr. 141. Reichsversicherungsordnung § 139. Vgl. dazu W. Schönborn, Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentl. Recht, 1908. Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts Bd. I S. 96. — Gesetz und Gewohnheitsrecht

Rechts im einzelnen Falle absehen[37], sofern sein Recht nicht die Kehrseite einer Pflicht ist,[38] oder das Gesetz ausdrücklich auch diese Form des Verzichts ausgeschlossen hat.[39]

---

können jedoch für bestimmte Fälle den Verzicht als zulässig erklären. Vgl. z. B. über den Thronverzicht: Paul Abraham, Der Thronverzicht nach Deutschem Staatsrecht, 1906. Hans v. Frisch, Der Thronverzicht, 1906 (und zu beiden Arbeiten die Kritik von Laband im Archiv für öffentl. Recht XXII 301). Abweichend die Auffassung von Kormann, Die ministerielle Gegenzeichnung bei dem sog. Thronverzicht (Grünhuts Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht, XXXVIII, 1911, S. 91ff.).

[37] Das gilt insbesondere auch von der Geltendmachung der natürlichen Handlungsfähigkeit. Vgl. darüber oben S. 158.

[38] So ist das Wählen eine staatliche Funktion (Bildung eines Staatsorgans). Das „Wahlrecht" ist daher in erster Linie eine Wahlpflicht. Als subjektives Recht erscheint das Wählen nur darum, weil es dem Wahlberechtigten die Möglichkeit verschafft, durch die Erfüllung der Wahlpflicht einen Einfluß auf die Staatsgewalt auszuüben; dadurch wird der Wahlberechtigte vor den übrigen Staatsgenossen ausgezeichnet. Triepel, Wahlrecht und Wahlpflicht, 1900. Jellinek, Allg. Staatslehre, 3. Aufl., S. 422. Esmein, Eléments de Droit constitutionnel, 5 éd., 1909, p. 252. Spira, Die Wahlpflicht, 1909.

[39] Vgl. z. B. Reichsgesetz betr. die Gewährung einer Entschädigung an die Mitglieder des Reichstags, vom 21. Mai 1906 § 8: „Ein Verzicht auf die Aufwandsentschädigung ist unzulässig. Der Anspruch auf Aufwandsentschädigung ist nicht übertragbar." Ebenso erklärt die preußische Verfassungsurkunde in Art. 85 einen Verzicht auf die Abgeordnetendiäten für unstatthaft. — Die Möglichkeit zum Verzicht hört auf, sobald die Willenserklärung des Privaten über die Privatsphäre hinaus auf Einrichtungen des Staates wirkt, die der Gesetzgeber durch zwingende Rechtsvorschriften geordnet hat. Ein anschauliches Beispiel bildet das Recht der religiösen Kindererziehung. Die Befugnis, über die Konfession eines Kindes aus gemischter Ehe einen Vertrag abzuschließen, besteht in denjenigen Staaten für den Vater nicht, in welchen der Gesetzgeber den Besitzstand der Konfessionen durch Sätze des ius cogens abgegrenzt, also beispielsweise bestimmt hat, daß alle Kinder der Konfession des Vaters folgen sollen. Friedberg, Kirchenrecht, 6. Aufl., 1909, S. 286. W. Güttler, Die religiöse Kindererziehung im Deutschen Reich, 1908, S. 69ff., 294.

§ 12. Anspruchbegründende und pflichtbegründende Staatsakte.[1]

I. Öffentliche Ansprüche und öffentliche Pflichten können unmittelbar auf Grund des Gesetzesbefehls Wirksamkeit erlangen, so daß zwischen Gesetz und Untertan nicht erst noch die Verwaltungsbehörde treten muß, um festzustellen, was der Einzelne dem Gesetze gemäß zu fordern hat oder was er schuldet. So hat der Hausbesitzer das Trottoir sofort nach Inkrafttreten des maßgebenden Ortsstatuts zu reinigen, er darf nicht warten, bis eine besondere Aufforderung an ihn ergeht; und umgekehrt erwirbt der Reichstagsabgeordnete das Recht auf die bestimmte Quote der Aufwandsentschädigung mit dem Eintritt in den Reichstag, er bedarf keines amtlichen Scheines, der Existenz und Höhe seines Anspruchs zuerst feststellte.

Von dieser Art sind auch die finanziellen Rückerstattungspflichten des öffentlichen Rechts. Wir denken vor allem an den Rückforderungsanspruch (condictio indebiti) und an die Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio). Es sind keine

[1] Mit der Lehre von den Verwaltungsakten haben sich neben Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, § 8, namentlich zwei neuere Schriften beschäftigt: Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 1908 und Karl Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910 (und dazu die Kritiken von Walter Jellinek in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Folge, Bd. XIV 1912 S. 293 u. von Piloty im Archiv des öffentlichen Rechts XXVIII 384). Kormann, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts (Annalen des Deutschen Reichs 1912, S. 39 ff.). S. ferner Laband, Staatsrecht II[5] S. 188ff. Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl. 1895, S. 11ff. Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 280ff. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft 1886, S. 1ff. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 203ff. (Vgl. dazu die Kritik von Tezner in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, XXI S. 167—182.) Thoma, Der Polizeibefehl im Badischen Recht I S. 59ff. Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts[4] § 11. Donato Donati, Atto complesso, autorizzazione, approvazione (Archivio giuridico LXXI p. 3; vgl. auch LXVII p. 551; LXX p. 377). Santi Romano, Principii di diritto amministrativo italiano[3], 1912, p. 51. Hauriou, Précis de Droit administratif, 7 éd. 1911, p. 373.

dem Privatrecht eigentümliche Institute.[2] Der Untertan, welcher dem Staat mehr geleistet, als er geschuldet hat, ist zur öffentlichrechtlichen Rückforderung berechtigt.[3] Die Rückerstattungspflicht des Staates ist die notwendige Folge jeder Entscheidung oder Verfügung, welche feststellt, daß der Staat in einem bestimmten Falle seine Kompetenz zur Abgabenerhebung überschritten hat.[4] Ähnlich verhält es sich mit der

---

[2] Tezner, Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht (Archiv für öffentliches Recht IX S. 325ff., 489ff.). v. Gehe, Zur Frage der Anwendung der sog. Privatrechtstitel im öffentlichen Recht (Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 34 S. 269). Vgl. auch oben § 4.

[3] Otto Mayer II S. 429 und Glässing, Das Recht der Rückforderung im Gebiet des deutschen öffentlichen Rechts (Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1896). v. Gehe, in Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 34 S. 159 („Der Bereicherungsanspruch im öffentl. Recht"). Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemb. S. 162. — Umgekehrt kann die Verwaltungsbehörde, welche einem Beamten zuviel Reisekosten ersetzt oder andere im öffentlichen Recht wurzelnde Beträge über das gesetzliche Maß hinaus gezahlt hat, das zuviel Geleistete mit der öffentlichrechtlichen condictio zurückverlangen. Kormann im Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 778.

[4] Morawitz, Die Kondiktion publizistischer Leistungen (Zeitschrift f. Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig, Bd. 56 (1905) S. 2ff., 40ff.). Deshalb gehören Ansprüche auf Rückerstattung zu viel bezahlter öffentlicher Abgaben grundsätzlich nicht auf den Rechtsweg; derartige Prozesse sind keine „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten". Wenn die Landesgesetzgebung sie trotzdem vor die Zivilgerichte weist, so liegt eine Erweiterung des Rechtsweges vor. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen, S. 102. Kamptz u. Delius, Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts I S. 194 Nr. 9, S. 213 Nr. 5. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 67 S. 401ff. und die dort zitierten Entscheidungen. Soergel, II S. 57 Nr. 32. Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung I[10] S. 8. Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts Bd. 33 (1907), T. 2 S. 702; Schweiz. Juristen-Zeitung VII 367. — Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Artikel 104, hat „die landesgesetzlichen Vorschriften über den Anspruch auf Rückerstattung mit Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben oder Kosten eines Verfahrens" unberührt gelassen und dadurch der Landesgesetzgebung freie Hand gewährt zur öffentlichrechtlichen Ausgestaltung des Instituts. Vgl. dazu Niedner, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erläuterung zu Artikel 104. — Im allgemeinen hat der Rückfordernde nicht nachzuweisen, daß er aus Irrtum zu viel bezahlt habe, denn er verlangt lediglich die Beseitigung einer Gesetzwidrigkeit. Reger

sog. öffentlichrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie kommt vor zwischen Verbänden, welche öffentliche Verwaltung führen. Der Verband, der an Stelle eines andren Verbandes ein vom Gesetz diesem übertragenes Verwaltungsgeschäft besorgt, ist befugt, von dem verpflichteten Verbande Ersatz seiner Auslagen zu fordern. Der Ersatzanspruch folgt auch hier aus der Tatsache, daß der Geschäftsführer Verwaltungsangelegenheiten erledigt hat, zu deren Besorgung er nicht verpflichtet gewesen ist.[5] Er ist nach öffentlichem Recht zu beurteilen.[6]

XX S. 214ff.; Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege, Bd. X S. 105. Doch kann das positive Recht weitergehen. Reger XXVII S. 432. Ergänzungs-Band III S. 315. Reichsversicherungs-Ordnung §§ 1446, 1462 (irrtümlich geleistete Beiträge bei der Invalidenversicherung). Die Praxis einzelner Staaten schließt eine Rückforderung von Steuern dann aus, wenn die Steuerveranlagung auf Grund der eigenen Steuererklärung des Pflichtigen erfolgt ist. Vgl. zwei Urteile der Verwaltungsgerichtshöfe von Baden und Württemberg aus dem Jahr 1908 bei Soergel I S. 427 Nr. 18 und S. 715 Nr. 80. — Ein Rückforderungsanspruch kann zustehen sowohl einer Korporation des öffentlichen Rechts gegen eine andre (z. B. Gemeinde gegen Staat), wie einem Privaten gegen eine öffentlichrechtliche Korporation und umgekehrt. (Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts IX S. 236, X S. 58.) Anspruch des unterstützenden Armenverbands gegen den Unterstützten: Rechtsprechung des Badischen Verwaltungsgerichtshofes III Nr. 180. Der Dritte, der außerhalb des öffentlichen Rechtsverhältnisses steht, kann eine Bereicherungsklage nur nach den Grundsätzen des Zivilrechts anstrengen. Beispiele: Der Arzt, der einen armen Kranken freiwillig behandelt und vom Armenverband sein Honorar beansprucht. (Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts XII S. 310); der Bauunternehmer, der seinen Arbeiter aus eigener Initiative in eine Augenklinik verbringt und von der Ortskrankenkasse Ersatz verlangt. Reger, XXI S. 166. Über den Ersatzanspruch des unterstützenden Armenverbandes gegen alimentationspflichtige Verwandte des Unterstützten vgl. Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, in der Fassung vom 30. Mai 1908, § 62, und dazu die Angaben von Wohlers-Krech, in dem Kommentar zu dem zitierten Gesetz. Soergel, Bd. I S. 118.

[5] Otto Mayer II S. 426 und Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts II S. 55. Reger XX S. 136. Einen Spezialfall ordnet das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, in der Fassung vom 30. Mai 1908 § 28: „Jeder hilfsbedürftige Deutsche muß vorläufig von demjenigen Ortsarmenverband unterstützt werden, in dessen Bezirk er sich bei dem Eintritte der Hilfsbedürftigkeit befindet. Die vorläufige Unter-

II. Die meisten öffentlichrechtlichen Ansprüche und öffentlichen Pflichten empfangen jedoch ihre feste Gestalt erst durch eine Willenserklärung der Verwaltungsbehörde. Zwischen das Gesetz und den Untertan ist eine Verfügung der Verwaltungsbehörde eingeschoben. Anspruch und Pflicht beruhen dann nicht direkt auf dem Gesetz, sondern auf diesem Verwaltungsakt. Die Gründe, die den Gesetzgeber veranlassen, in dieser Weise eine Mitwirkung der Verwaltungsbehörde vorzuschreiben, können von der verschiedensten Art sein: es kann z. B. die Feststellung darüber, ob in einem bestimmten Fall die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Anspruch oder eine Pflicht des Untertans vorhanden sind, von einer dem Ermessen der Verwaltungsbehörde anheimgegebenen Würdigung äußerer Tatumstände abhängen (man denke an die einzelnen polizeilichen Pflichten oder an den Anspruch auf Erteilung einer Polizeierlaubnis oder einer Wasserwerkkonzession u. a. m.); oder es kann der Umfang einer finanziellen Leistungspflicht durch die Schätzung eines Vermögensobjektes bedingt sein.[7] Eine Tätigkeit der Behörde ist aber

---

stützung erfolgt vorbehaltlich des Anspruchs auf Erstattung der Kosten bzw. auf Übernahme des Hilfsbedürftigen gegen den hierzu verpflichteten Armenverband." v. Gehe, in Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 34, S. 175 („Der Erstattungsanspruch des vorläufig unterstützenden Armenverbandes nach § 28 des Unterstützungswohnsitzgesetzes"). Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg S. 160. S. ferner Entscheidungen des preuß. OVG Bd. 57, S. 360.

[6] Andrer Ansicht: das Bundesamt für Heimatwesen; es faßt diesen Anspruch als einen zivilrechtlichen auf. Vgl. die Zusammenstellung der Rechtsprechung in Georg Egers Kommentar zum Unterstützungswohnsitzgesetz § 61. Ebenso Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 75, S. 276 (Ersatzanspruch aus dem preuß. Gesetz betr. Fürsorgeerziehung); Bd. 77, S. 194 (Ersatz von Polizeikosten).

[7] Ein anschauliches Beispiel liefern die Normen über die Steuererhebung. Der Erhebung der direkten Steuer (vgl. unten § 26) muß ein Verfahren vorausgehen, in dem der Umfang der Steuerpflicht des Pflichtigen festgesetzt wird. Sein Ergebnis ist die sog. Veranlagung; sie wird von der Behörde durch eine Verfügung festgestellt, welche dem einzelnen Pflichtigen zugestellt werden muß. Die Pflicht zur Bezahlung der indirekten Steuer dagegen schließt im allgemeinen unmittelbar an die gesetzliche Steuerauflage an. Bei der Einziehung indirekter Steuern, die nach festen Sätzen erhoben werden (Hundesteuer usf.), bedarf es daher keiner individuellen Feststellung des Umfangs der Steuerpflicht mehr.

weiter erforderlich in den Fällen, in denen eine unmittelbar vom Gesetz auferlegte Pflicht von einem Untertan nicht erfüllt worden ist. Hier hat die Behörde einzuschreiten, um das Gesetz zu vollziehen.[8]

1. Das vorzüglichste Mittel, dessen sich die Behörde zu den angegebenen Zwecken bedient, ist das einseitige Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechtes, die Verfügung.

Die Verfügung gehört zu den Verwaltungsakten i. w. S.[9] Unter einem Verwaltungsakt versteht man die Handlung einer Verwaltungsbehörde, im Gegensatz zu den Betätigungen der beiden anderen staatlichen Funktionen. Der Ausdruck „Verwaltungsakt" umfaßt daher tatsächliche Handlungen, wie Handlungen juristischer (privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher) Natur. In einem engern Sinn dagegen ist als Verwaltungsakt nur die mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene Handlung einer Verwaltungsbehörde zu verstehen. Derartige Akte[10] aber sind nicht bloß die noch näher zu besprechenden Gestaltungs- und Vollziehungs-Verfügungen, sondern auch die von den Verwaltungsbehörden zu erlassenden rechtsbestimmenden Verfügungen, welche amtliche Entscheidungen über Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen enthalten,[11] ferner die Rechtssprüche (Urteile), zu deren Fällung die Verwaltungsbehörde vom Gesetz berufen ist (oben § 2)[12] und endlich die amtlichen Mit-

---

Eine Aufforderung zur Zahlung hat hier lediglich die Bedeutung einer Mahnung. Entsch. des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 30 S. 104; Otto Mayer I S. 396, 401.

[8] Der Hausbesitzer hat die Straße nicht gereinigt; infolgedessen ergeht an ihn eine Polizeiverfügung, die ihn zur Erfüllung seiner Reinigungspflicht auffordert.

[9] Vgl. zum folgenden Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 58ff.

[10] Über den Inhalt der Verfügungen im allgemeinen: Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 49ff. Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 200ff.

[11] Z. B. Defektenfeststellung nach Reichsbeamtengesetz § 134ff. Entscheidung über die Gültigkeit einer Wahl, über die politische Stimmberechtigung eines Bürgers, Enteignungsverfügungen usf. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, S. 8ff. (über den Begriff der „Entscheidung").

[12] Soweit den Verwaltungsbehörden Entscheidungsbefugnisse übertragen sind, kommt ihren in der Form der Verfügungen erlassenen Ent-

teilungen und amtlichen Beurkundungen.[13] Von den Entscheidungen, sowie den Mitteilungen und Beurkundungen der Verwaltungsbehörden ist jedoch in diesem Zusammenhang nicht weiter zu reden. Uns interessieren hier allein die obrigkeitlichen Verfügungen rechtsgeschäftlicher Natur, d. h. die Verfügungen, die auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines öffentlichen Rechtsverhältnisses zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Untertan abzielen.[14] Jede Verfügung enthält eine obrigkeitliche Willenserklärung einer Behörde, wie das Gesetz und die Verordnung. Aber während Gesetz und Verordnung Rechtsregeln aufstellen, begründet die Verfügung ein Rechtsverhältnis.

Den Verfügungen kommt entweder die Aufgabe zu, die allgemeinen Untertanenpflichten gegenüber Ungehorsamen zur Geltung zu bringen, oder aber die Aufgabe, die gesetzlichen Anordnungen, zu deren Vollziehung von Haus aus eine Mitwirkung der Behörde erforderlich ist, in bestimmte individuell abgegrenzte öffentliche Pflichten oder Ansprüche der Bürger gegen

---

scheidungen (s. Anm. 11) und Urteilen materielle Rechtskraft zu. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 129ff. Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 65ff. Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts VII S. 102; vgl. darüber oben § 2, u. unten S. 188 Anm. 42.

[13] Mögen sich die Beurkundungen auf die Feststellung von Tatsachen beziehen oder auf die Bescheinigung, daß ein Rechtsverhältnis gewisser Art besteht, oder daß eine Behörde eine bestimmte Zuständigkeit besitzt u. dgl. Gleichgültig ist, ob es sich dabei um Eintragungen in öffentliche Bücher (Geburts-, Sterberegister usf.) handelt oder um selbständige Urkunden. Vgl. über Mitteilungen und Beurkundungen: Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 22, 124ff., 129ff. Der juristische Wert der amtlichen Beurkundung liegt in ihrer erhöhten Glaubwürdigkeit. Aber andrerseits wirkt sie nur sofern und nur soweit sie richtig ist; sie ist reines Beweismittel. Darum erwachsen Beschlüsse der Amtsgerichte über Berichtigungen der Personenstandsregister nicht in materielle Rechtskraft. Urteil des preuß. Kammergerichts v. 8. März 1906 (Reger XXVII 154, XXXII 339.

[14] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 95ff, bezeichnet diese Verfügungen der Verwaltungsbehörden als Verwaltungsakte. Nach Mayer ist ein Verwaltungsakt „ein der Verwaltung zugehöriger, obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertan gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll". Der Mayerschen Terminologie und Auffassung folgt das Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgericht.

Staat oder Gemeinde auszuprägen.[15] Nach ihrer Zweckbestimmung sind daher die Verfügungen zu scheiden in Vollziehungsverfügungen und Gestaltungsverfügungen.[16] In den Gestaltungsverfügungen kommt der ganze Reichtum der schöpferischen Tätigkeit der Verwaltungsbehörden zum Ausdruck.[16a] Diese Verfügungen nach ihrem Inhalte gliedern, hieße, das ganze weite Gebiet der Verwaltung durchwandern. Von ihnen sind den vorhin erwähnten Beurkundungen nahe verwandt diejenigen Verfügungen, welche konkrete Tatsachen und Verhältnisse mit rechtsverbindlicher Wirkung feststellen (Steuerveranlagung, Planfeststellung und Plangenehmigung u. a. m.), während auf der anderen Seite gegen die Vollziehungsverfügungen hin das Gebiet abgesteckt wird durch die Befehle, welche Einzelnen konkrete öffentliche Verpflichtungen auferlegen (Ausweisung eines Ausländers, Auflösung einer Versammlung u. dgl.). Innerhalb dieses weiten Bereiches sind von besonderer praktischer Bedeutung die konstitutiven Verfügungen, durch welche Einzelnen bestimmte Rechte verliehen (Eisenbahnkonzessionen, Sondernutzungsrecht u. s. f.) oder Erlaubnisse erteilt werden. (Polizeierlaubnis u. dgl.) Im Gegensatz zu Gesetz und Verordnung ordnet die Verfügung stets den praktisch gewordenen Einzelfall oder eine Summe konkreter Einzelfälle.[17] Sie ist an eine bestimmte Einzel-

---

[15] Darum muß jede Verfügung genau bestimmen, was Rechtens ist zwischen der Verwaltung und dem Untertan, was die Behörde vom Bürger verlangt u. s. f. Eine polizeiliche Verfügung, die dem Untertan lediglich befiehlt, „den polizeigemäßen Zustand herzustellen", oder „ordnungsmäßig die Straße zu regulieren", oder „Vorkehrungen zu treffen, daß die Nachbarn nicht in ihrer Ruhe gestört werden", ist ungültig; ebenso eine Verfügung des Inhalts „es ist Ihre Sache, geeignete weitere Maßnahmen zur völligen Beseitigung des bezeichneten polizeilichen Mißstandes zu ergreifen" u. a. m. Entsch. des preuß. Ob.-Verw.-Ger. XXVIII 389; Preuß. Verw.-Bl. XXXII 383, XXXIV 208. Jahrbuch d. Verwaltungsrechts V 2 S. 339. W. Jellinek, Gesetz und Gesetzesanwendung S. 227.

[16] Der vorgeschlagene Ausdruck „Gestaltungsverfügung" lehnt sich sprachlich (aber nicht sachlich) an den von Seckel geprägten Terminus „Gestaltungsrecht" an (Seckel, in der Festgabe der Berliner Jurist. Gesellschaft für Koch, 1903).

[16a] Eine eingehende Gliederung und Besprechung der einzelnen Arten bei Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 58 ff.

[17] Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 49 S. 369.

person oder an die unbeschränkte Zahl der Einzelnen gerichtet, die an dem von der Verfügung betroffenen Tatbestande beteiligt sind.[18]

Als publizistisches Rechtsgeschäft bietet die Verfügung auch Raum für Nebenbestimmungen: Bedingung, Auflage, Befristung.[19] Von einer Bedingung sprechen wir dann, wenn über den gesetzlichen Inhalt hinaus der Verfügung ein weiteres Erfordernis beigefügt ist, demzufolge die Verfügung von der Erfüllung dieses Erfordernisses an erst wirken oder nicht mehr wirken soll (aufschiebende —, suspensive Bedingung; auflösende —, resolutive Bedingung).[19a] Im Gegensatz dazu bezweckt die Auflage, die Erfüllung bestimmter Pflichten bei der Ausübung einer Tätigkeit vorzuschreiben. Sie berührt den Bestand des Rechtsgeschäftes nicht; sie enthält eine selbständige, mit dem in der Verfügung verkörperten Rechtsgeschäft äußerlich verbundene Anordnung.[19b] Die Befristung endlich fügt der Verfügung eine zeitliche Beschränkung bei.[19c] Die erwähnten

---

[18] So ist nach dem Reichsvereinsgesetz v. 19. April 1908 §§ 13, 14 die Verfügung des Polizeibeamten, der eine Versammlung auflöst, an alle Teilnehmer der Versammlung gerichtet. Ebenso ermächtigt das Gesetz, betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten v. 30. Juni 1900 §§ 14, 15, die Behörden, zur Bekämpfung von Seuchen allgemeine Verfügungen zu erlassen, die sich an ganze Personenklassen richten.

[19] Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 135ff., 150. 165ff.

[19a] Echte aufschiebende Bedingungen sind in Verfügungen des öffentlichen Rechts nichts regelmäßiges. Auf einen schönen Fall macht Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 143 aufmerksam: Die Kriegsbeorderung enthält den bedingten Befehl an den Militärpflichtigen, sich am Mobilmachungstag bei einem bestimmten Regiment zu melden. Auflösende Bedingung: Dem Bauherrn ist in der Bauerlaubnis die Bedingung auferlegt worden, bis Ende des Jahres die Kanalleitung auf seine Kosten herzustellen; er kommt dem nicht nach, und damit ist die Bauerlaubnis ipso jure hinfällig geworden. Preuß. OVG. 27. April 1911 (Entscheidungen Bd. 59, S. 277).

[19b] Die meisten den Polizeierlaubnissen beigefügten „Bedingungen" sind in Wahrheit Auflagen: Die gewerbepolizeiliche Bewilligung wird erteilt unter der „Bedingung", daß der Fabrikherr noch bestimmte Schutzvorrichtungen u. dgl. anbringt; der Baukonsens wird erteilt unter der „Bedingung", daß der Bauherr die Kamine anders anlegt u. s. f.

[19c] Beispiele: Die Privatschule darf vom 1. Oktober ab betrieben werden; die Schankkonzession wird erteilt für die Dauer des Bahnbaues usw.

Nebenbestimmungen spielen eine besondere Rolle bei der Erteilung der Polizeierlaubnis (siehe unten § 24) und bei der Verleihung von Sonderrechten (siehe unten §§ 19, 22). Hier kann insbesondere im einzelnen Falle zweifelhaft werden, ob eine von der Behörde unter dem Namen einer „Bedingung", z. B. Baubedingung, beigefügte Klausel eine echte aufschiebende Bedingung oder eine Auflage enthält. Die Unterscheidung ist von großer praktischer Bedeutung. Die echte aufschiebende Bedingung hält das Geschäft in der Schwebe; wird sie vom Pflichtigen nicht erfüllt, so gilt die Erlaubnis nicht als erteilt. Die Nichterfüllung der Auflage dagegen erschüttert den Bestand des trotzdem ins Werk gesetzten Unternehmens nicht. Sie gibt lediglich der Behörde den Anlaß, mit Zwang und Strafe gegen den Pflichtigen vorzugehen, um ihn zur Erfüllung der Auflage anzuhalten.[19d] Ob einer Verfügung derartige Nebenbestimmungen überhaupt zugefügt werden dürfen und in welchem Umfange dies als zulässig erscheint, ist für jedes einzelne Institut besonders zu prüfen[19e] und dabei ist jeweilen besonders zu untersuchen, ob die Beifügung einer unzulässigen Nebenbestimmung (Bedingung oder Befristung) die ganze Verfügung ungültig macht oder nur die Streichung der unzulässigen Klausel nach sich zieht.

a. Die Verfügung ist nur rechtsbeständig, wenn sie vom zuständigen Organ innerhalb seiner Kompetenz erlassen worden ist.

[19d] Über den Unterschied von Bedingung und Auflage: Preuß. OVG. 27. April 1911 (Entscheidungen Bd. 59, S. 277). Wittmaack, Wie sind die Beteiligten für die Nichtbefolgung von „Baubedingungen" verantwortlich zu machen? (Fischers Zeitsch. Bd. 41, 277). Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 139ff.

[19e] Z. B. dürfen nach GewO. § 40 die gewerbepolizeilichen Genehmigungen und Approbationen nicht auf Zeit erteilt werden. Unzulässig ist es ferner, einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis Bedingungen oder Auflagen beizufügen, die entweder nicht Rücksichten der Gewerbepolizei entstammen oder Momente zur Geltung bringen, die dem Gesetz fremd sind. Bayr. Oberstes LGer. i. Strafs. 26. März 1912: die Anordnung einer Schankkonzession, daß der Wirt entlang der Front des Hauses ein Trottoir anlegen müsse, ist unzulässig. (Reger XXXIII 27.) Kgl. Sächs. OVG. 17. März 1911: unzulässig ist die Bedingung in einer Schankkonzession, daß die Wirtin ihren Mann weder vor noch nach der Verheiratung in ihrem Schankbetrieb beschäftigen dürfe (Jahrbücher Bd. XVII 37).

Ihr Inhalt muß mit dem Gesetze im Einklang stehen und zweckmäßig sein. Gleichgültig ist, ob das Gesetz der Behörde den Inhalt der Verfügung genau vorgezeichnet, oder ob es ihr Spielraum für ein weitgehendes freies Ermessen gelassen hat.[20] Die Verfügung muß nach allen diesen Richtungen einen Rückhalt am Gesetze besitzen und kann daher vom betroffenen Bürger wegen Gesetzwidrigkeit und wegen Unzweckmäßigkeit angefochten werden.[21]

Die Gesetze schreiben im Einzelnen vor, in welcher Form die verschiedenen Arten der Verfügungen zu erlassen sind: ob Schriftlichkeit erforderlich ist, oder ob mündliche Mitteilung genügt.[22] Es kann sogar die Gesetzesform vorgeschrieben sein; dadurch soll der Volksvertretung die Zustimmung zu der betreffenden Verfügung vorbehalten werden.[23] Die Regel bildet

---

[20] Vgl. z. B. die bekannte allgemeine Ermächtigung an die Adresse der preußischen Polizeibehörden im Allgemeinen Preußischen Landrecht II Titel 17 § 10: „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und für Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei." Bornhak, Das Polizeiverfügungsrecht in Preußen (Verwaltungsarchiv V S. 137).

[21] Die Frage, ob eine Verfügung rechtlich unbegründet oder bloß unzweckmäßig ist, wird von großer Bedeutung, wenn in einem Staate eine Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht. Im allgemeinen erstreckt sich die Aufgabe der Verwaltungsgerichte lediglich darauf, rechtswidrige Verfügungen aufzuheben. Die Abänderung einer unzweckmäßigen Verfügung ist dagegen ausschließlich Sache der höheren Verwaltungsbehörde (vgl. unten § 14). — Die Behörde muß ihre Verfügung soweit begründen, daß dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben ist, die Verfügung anzufechten. (Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 45, S. 428.)

[22] Über die Frage, ob jede schriftliche Verfügung die Unterschrift des verfügenden Beamten tragen muß s. Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 31, S. 428.

[23] Beispiele: Das badische Schulgesetz vom 7. Juli 1910 bestimmt in § 137, Abs. 2: „Kirchlichen Korporationen und Stiftungen ist die Errichtung einer Lehr- und Erziehungsanstalt nur auf Grund eines besonderen Gesetzes gestattet. Die Erteilung von Unterricht an Lehranstalten durch Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen bedarf der Genehmigung durch die Staatsregierung." Ebenso ermächtigt die Reichsverfassung in Artikel 41, Abs. 1 das Reich, durch Gesetz Eisenbahnkonzessionen an Private zu erteilen. Derartige Gesetze stellen charakteristische Beispiele für den Begriff des sog. bloß formellen Gesetzes dar. Vgl. darüber Laband, Staatsrecht II[5] S. 61ff.; P. Schoen, Die for-

die Schriftlichkeit. Ausnahmen davon bedürfen stets besonderer gesetzlicher Ermächtigung. Der Grundsatz entspricht dem Wesen des obrigkeitlichen Aktes und den Anforderungen der Rechtssicherheit.[24]

Endlich aber ist jede Verfügung dem Betroffenen kund zu machen. In welcher Form diese Kundmachung zu erfolgen hat, hängt von der Natur der Verfügung ab. So sind individuell abgestufte Befehle der öffentlichen Verwaltung jedem Pflichtigen besonders — und zwar in der Regel durch Zustellung eines Schriftsatzes[25] — mitzuteilen, während bei den an eine unbegrenzte Personenzahl gerichteten Verfügungen öffentliche Bekanntmachung auszureichen pflegt.[26] Die Verfügung bedarf als

---

mellen Gesetze (Handbuch d. Politik I S. 285). Über eine interessante Verwendung des bloß formellen Gesetzes im schweizerischen Staatsrecht vgl. Fleiner, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, n. F. XXV S. 397ff.

[24] Daraus ergibt sich die Unzulässigkeit von stillschweigenden Willenserklärungen. Denn diese passen an sich schon zum obrigkeitlichen Akt wie die Faust aufs Auge. Überdies geht den stillschweigenden Willenserklärungen nicht jenes gesetzliche Verfahren voraus, das eine Gewähr für die Richtigkeit des Willensentschlusses der Behörde bildet. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I 280. Königl. Sächs. Ob.-Verw. Gericht 9. Januar 1909 (DJZ. XV 89). Andrer Meinung: Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 175 und die von K. zitierte herrschende Ansicht in der Judikatur. Diese hat es sogar fertig gebracht, von „stillschweigenden Beamtenernennungen" zu reden. Vgl. zu der ganzen Streitfrage: Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen S. 387ff. Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz, Anmerk. 1 zu § 4. Jahrbuch des Verwaltungsrechts V[1] S. 545. — Die bayrische Regierung hat im Jahre 1890 den Altkatholiken gegenüber behauptet, es sei möglich, einen des Plazets bedürftigen Akt des Papstes nicht bloß ausdrücklich, sondern auch „tatsächlich" zu plazetieren, nämlich durch konkludente Handlungen. (Archiv f. kathol. Kirchenrecht Bd. 64, S. 446.)

[25] Doch kommt auch öffentliches Auflegen einer „Hebeliste" vor. Es sei ferner erinnert an die öffentlich auszulegenden Wählerlisten, welche die Wahlberechtigten (für die Reichstagswahlen) aufführen. Wahlgesetz f. den Reichstag v. 1869, § 8. Kormann, Die Zustellung von Verwaltungsakten an den falschen Adressaten (Verwaltungsarchiv XIX 166f.).

[26] Sehr lehrreich ist in dieser Beziehung das Urteil des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. v. 28. Nov. 1896 über die Erhebung der Hundesteuer (Entscheidungen Bd. 30, S. 110). — Als Zustellungsform kann auch die mündliche Eröffnung genügen; dies trifft z. B. bei der Auflösung einer öffent-

einseitiges Rechtsgeschäft der Annahme des Bürgers nicht, an den sie sich richtet. Sie besitzt ihren Rückhalt allein am Gesetz. Sie ist empfangs-, aber nicht annahmebedürftig. Den Charakter des einseitigen Rechtsgeschäfts büßen auch die Verfügungen nicht ein, die begriffsmäßig oder gemäß gesetzlicher Vorschrift nur auf Antrag des Privaten erlassen werden dürfen; es sei z. B. an die Erteilung einer Polizeierlaubnis erinnert.

Der Schein eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes entsteht dagegen in allen den Fällen, in denen von Gesetzeswegen die Gültigkeit einer von der Behörde erlassenen Verfügung von der vorgängigen oder nachfolgenden Einwilligung des Betroffenen abhängig ist.[27] Das kommt vor bei den Verwaltungsakten, welche einem Privaten eine besondere Pflicht, über die allgemeinen Untertanenpflichten hinaus, auferlegen (oben § 11), oder zu seinen Gunsten ein besonderes subjektives Recht begründen.[28] So kann im allgemeinen das Beamtenverhältnis und die berufsmäßige Militärdienstpflicht der Offiziere und Unteroffiziere („Kapitulanten") nur begründet werden mit Einwilligung des Betroffenen; die Naturalisation des Ausländers und die Stundung von Steuern sind abhängig von dem Antrag des Bürgers, und der Eisenbahnkonzessionär erklärt seine Zustimmung zu dem in der Eisenbahnkonzession festgesetzten Rückkaufsrecht durch vorbehaltslose Annahme der Konzessionsurkunde. Liegt in solchen Fällen nicht Willenseinigung zwischen Staat und Untertan, also Vertrag, vor? Eine weitverbreitete Meinung bejaht die Frage; sie erblickt in den aufgezählten Beispielen

---

lichen Versammlung zu (Reichsvereinsgesetz § 14). Ausnahmsweise ist auch Kundmachung durch konkludente Handlungen zulässig (Straßensperrung usw.). Über die Frage der Empfangsbedürftigkeit der Verfügungen: Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 184ff.

[27] Ist die Rechtsgültigkeit der Verfügung abhängig von der Zustimmung einer Privatperson, so gewinnt die Frage nach der Geschäftsfähigkeit dieser Person Bedeutung auch für das Verwaltungsrecht. Vgl. darüber oben S. 154 u. unten § 12 (Ungültigkeit wegen Willensmängeln).

[28] Vgl. auch das Bayrische Heimatsgesetz v. 1868/1899, Art. 9: „Die Gemeindeverwaltung kann jedem Angehörigen des bayerischen Staates das Heimatrecht auch dann, wenn ein gesetzlicher Anspruch nicht besteht, auf Ansuchen verleihen und hiebei mit dem Bewerber die Bedingungen vereinbaren, von deren Erfüllung die Verleihung des Heimatrechts abhängig gemacht wird . . ."

öffentlichrechtliche Verträge.[29] Sie hat ihre Auffassung insbesondere an der Lehre von der Begründung des Beamtenverhältnisses entwickelt. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden.[30] Die Anstellung des Beamten und des Offiziers, wie die Naturalisation des Ausländers kommt durch eine einseitige Verfügung der Behörde zustande, aber durch eine Verfügung, die von der Behörde nur erlassen werden darf mit Zustimmung des betroffenen Bürgers. Die Zustimmung des Bürgers — die auch in seinem Antrag enthalten sein kann — bildet mit andern Worten eine gesetzliche Voraussetzung (condicio iuris) für die Rechtsgültigkeit der Verfügung. Die Einseitigkeit des ganzen rechtlichen Vorgangs wird in helles Licht gerückt, so oft die Staatsangehörigkeit dem Ausländer ohne Rücksicht auf seine Einwilligung infolge Anstellung verliehen oder ein Privater gemäß gesetzlichen Amtszwanges genötigt wird, Beamter zu werden. Und doch unterscheidet sich dieser Vorgang weder in der äußeren Form, noch in seiner juristischen Natur und seinen Rechtsfolgen von den oben besprochenen Erscheinungen.[31] Der Vertrag setzt Gleichordnung der Parteien voraus. Raum für den Vertrag ist infolgedessen nur dort, wo für die Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges von Gesetzeswegen der Wille einer jeden der beiden Parteien von gleichem juristischem Wert ist. Dies trifft jedoch in den genannten Erscheinungen nicht zu. Bei der Begründung des Beamtenverhältnisses, der Naturalisation des Ausländers, dem Eisenbahnrückkauf, der Stundung der Steuern bleibt der Staatswille der überragende Wille. Der Staat (oder die Gemeinde) allein hat die Macht, einen Beamten zu ernennen, einen Ausländer in den Staatsverband aufzunehmen usf. Das tritt schon in der äußeren Form dieser Rechtsgeschäfte in die Er-

[29] Laband, Staatsrecht I[5] S. 446ff. u. Archiv f. öff. Recht XVIII, S. 73.

[30] Die in den folgenden Ausführungen des Textes vertretene Auffassung deckt sich im wesentlichen mit derjenigen von Otto Mayer, Anschütz u. a. m. Die Ansichten der Schriftsteller stellt zusammen: Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch d. Deutschen Staatsrechts S. 499. Gegen sie wird vom Standpunkt der „Rechtslogik" aus Widerspruch erhoben von Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (Archiv d. öff. R. XXXI 225ff.).

[31] Vgl. dazu insbes.: Hugo Preuß, Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902, S. 77ff.

scheinung: in der einseitigen Ernennung des Beamten durch das Staatsoberhaupt, der einseitigen Verleihung der Staatsangehörigkeit durch die Verwaltungsbehörde, der einseitigen Anordnung und Durchführung des konzessionsmäßigen Eisenbahnrückkaufs[32] und der einseitigen Gewährung der Steuerstundung.[33] Trotzdem bei den besprochenen Gestaltungen die Zustimmung des Privaten wesentlicher Bestandteil des Geschäfts ist, deren Fehlen den ganzen Akt ungültig macht, bleibt dieser eine einseitige Verfügung.[34]

b. Die Verfügungen der Verwaltungsbehörden enthalten herrschaftliche, obrigkeitliche Anordnungen, die für konkrete

---

[32] Einen interessanten Beleg liefert das schweizerische Bundesgesetz vom 15. Oktober 1897, betr. die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes (Eisenbahnrückkaufsgesetz). Es hat die Bundesbehörde ermächtigt, die Hauptbahnen, welche Aktiengesellschaften gehören, für den Bund zu erwerben und zwar entweder auf dem Weg des konzessionsmäßigen Rückkaufs oder auf dem Weg des freihändigen Kaufs durch privatrechtlichen Vertrag. Der schweizerische Bundesgesetzgeber hat somit scharf zwischen den zwei im Text erwähnten Rechtsformen unterschieden.

[33] Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 94. Die Zustimmung des betroffenen Untertans beruht auf einem einseitigen Rechtsgeschäft. Otto Hirsch, Baulasten, S. 45ff.; s. auch oben S. 160.

[34] Gegen diese juristische Konstruktion wendet sich mit besonderer Energie der Hauptvertreter der Vertragstheorie, Laband, im Archiv für öffentliches Recht XVIII S. 73ff.; Staatsrecht I[5] S. 447 (daselbst S. 447 Anmerk. 1 und S. 448 Anmerk. 3 ein Verzeichnis der Anhänger und Gegner der Vertragstheorie). — Wegen der äußeren Verwandtschaft mit dem Vertrag bezeichnet das französische Recht derartige Verfügungen als „contrats administratifs". Die französische Praxis hat sie mit anderen Rechtsgeschäften, die wir vom Standpunkt des deutschen Rechts aus als privatrechtliche Verträge auffassen (Lieferungs- und Werkverträge zu Gunsten der öffentlichen Verwaltung u. dgl.), zu einem öffentlichrechtlichen Institute vereinigt. Dieser „contrat" gibt dem Staat einen vollen Vorrang über den andern Vertragsteil; der Staat befiehlt einseitig, wie der Vertrag zu vollziehen ist, die andere Vertragspartei hat zu gehorchen. Otto Mayer, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag (Archiv für öffentliches Recht III S. 1ff.) und Theorie des französischen Verwaltungsrechts S. 290ff. Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3 éd. 1885/86, II p. 304. Fuzier-Herman, Répertoire alphabétique du droit français, 1886, v. „marchés administratifs" t. XXVII p. 222. Hauriou, Précis de Droit administratif[7] Register v. „marchés". Berthélemy, Droit administratif[7] p. 612, 659

Einzelfälle ergehen, wie die Gerichtsurteile. Es entsteht daher die Frage, ob ihnen Rechtskraft zukommt, wie den Gerichtssprüchen.[35] Man hat auch hier zu unterscheiden zwischen einer formellen und einer materiellen Rechtskraft. Formelle Rechtskraft sprechen wir dem Staatsakt zu, der mit einem Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden kann. In diesem Sinn ist die formelle Rechtskraft auch dem Verwaltungsrecht bekannt. Regelmäßig schreiben nämlich die Gesetze vor, daß die Verfügung einer Behörde von dem betroffenen Bürger innerhalb einer bestimmten Frist bei der höheren Verwaltungsinstanz oder beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Läßt der Bürger diese Frist unbenützt verstreichen, so ist ihm der Weg zu einer höheren Instanz verschlossen; er kann sich der Vollziehung der Verfügung nicht mehr widersetzen. Er muß die Verfügung gegen sich gelten lassen, solange sie nicht von der Behörde, die sie erlassen hat, zurückgenommen, oder von einer höheren Instanz vermöge ihrer Aufsichtsgewalt aufgehoben worden ist; die Verfügung ist unanfechtbar geworden.[36]

---

[35] Otto Mayer I S. 160, 174, 302, und „Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen" (Archiv für öffentliches Recht XXI S. 1ff.). Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg S. 5. Laband, Staatsrecht III[5] S. 379. Walz, Badisches Staatsrecht S. 232. Spiegel, Die Verwaltungsrechtswissenschaft, 1909, S. 80—129. Franz Josef Roth, Bad. Landesbauordnung, 2. Aufl., 1909, S. 288—289. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 323ff.; Archiv d. öff. R. XXX 253; Jahrb. d. öff. R. VII 13. Tezner, Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrechte (Verwaltungsarchiv XIX 128ff., 442ff. XX, 102ff.). F. Stein, Justiz und Verwaltung S. 98ff. Über den Begriff der Rechtskraft im allgemeinen vgl. auch unten § 15.

[36] Beispiel: Einem Geschäftsinhaber ist am 18. Mai 1905 durch polizeiliche Verfügung unter Androhung von Ungehorsamsstrafen verboten worden, Benzin in seinem Warenhaus zu lagern. Der Geschäftsherr läßt die Rekursfrist unbenutzt verstreichen. Ende Juni 1905 entdeckt die Polizei bei ihm ein Benzinlager. Sie auferlegt Ungehorsamsstrafe. Der Bestrafte ruft zunächst die übergeordneten Verwaltungsbehörden an und behauptet, das Verbot, Benzin zu lagern, sei unzulässig. Er wird jedoch von ihnen abgewiesen; auch das Oberverwaltungsgericht weist die Anfechtungsklage zurück mit der Begründung, die Verfügung vom 18. Mai 1905 sei formell rechtskräftig geworden, er müsse sie infolgedessen gegen sich gelten lassen. Urteil des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts vom 31. Januar 1906 (Jahrbücher VIII S. 288). Badische Verw. RPflG. § 4,

Wird aber die Verfügung einer Verwaltungsbehörde auch materiell rechtskräftig in dem Sinn, daß Behörde und Untertan an ihren Inhalt gebunden sind? Die Rechtskraftwirkung des Zivilurteils ist eine Zweckmäßigkeitsschöpfung des positiven Rechts und zwar ausschließlich prozessualer Natur.[37] Man soll die Gerichte nicht ein zweites Mal mit der Untersuchung einer bereits von ihnen entschiedenen Sache behelligen dürfen, und unter den Parteien selbst soll nach gefälltem Urteil das vorher bestrittene Rechtsverhältnis als unbestreitbar gelten. Diese Gründe treffen jedoch für Verfügungen der Verwaltungsbehörden nicht zu. Denn für die Verwaltung ist, anders als für die Justiz, die Verwirklichung des Rechtes nicht Endziel, sondern nur Mittel zum Zweck. Die Aufgabe der Verwaltungstätigkeit besteht nicht darin, Rechtsgewißheit zu verschaffen — das ist der Beruf des Zivilurteils — sondern einen materiellen, dem Staate nützlichen Erfolg innerhalb der Schranken des Rechts zu erreichen.[38] Wie der Private bei der Besorgung seiner Geschäfte seine Anordnungen den wechselnden Interessen anpaßt, so muß auch die öffentliche Verwaltung neuen Bedürfnissen gerecht werden können. Was heute dem Gemeininteresse frommt, kann ihm schon nach kurzer Zeit schädlich sein,

---

Abs. 5, Ziff. 5. (Vgl. jedoch für Preußen: Urt. d. Preuß. OVG. 22. Mai 1911 im Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 200.) Weitere Beispiele aus dem Wegerecht bei Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 704 (polizeiliche Verfügungen betr. die Öffentlichkeit eines Weges). — Innerhalb der Rechtsmittelfrist darf die Behörde ihre Verfügung nur widerrufen aus Gründen, aus denen sie auch nach deren Ablauf zur Zurücknahme berechtigt wäre. Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 327.

[37] Richard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., S. 744ff. Hellwig, Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft, 1901, S. 12ff. System des Deutschen Zivilprozeßrechts S. 767ff. R. Schultz, Der Stand der Lehre von der Rechtskraft des Zivilurteils in Literatur und Judikatur (Zeitschr. „Der Rechtsgang" I (1913) S. 153ff.). Aus der älteren Literatur insbesondere Unger, Österreich. Privatrecht, II § 132.

[38] Darum kann mit Fug die Frage aufgeworfen werden, ob der Ausdruck „Rechtskraft" auf die Verfügungen der Verwaltungsbehörden paßt. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 323ff. vermeidet ihn. Der Terminus ist nur erlaubt, wenn man sich stets vor Augen hält, daß damit nichts anderes gesagt wird, als, eine Verfügung sei unabänderlich der Behörde gegenüber, die sie erlassen hat.

weil die Umstände sich inzwischen verändert haben. Aber auch die Anschauungen über die Anforderungen des Staatsinteresses können sich wandeln, so daß heute die Behörde die Ansicht nicht mehr aufrecht zu erhalten vermag, von welcher sie noch vor kurzem bei Erlaß einer Verfügung geleitet worden ist. Wenn die Behörde an ihre einmal erlassene Verfügung gebunden wäre, so vermöchte sie sich davon auch dann nicht zu entfernen, wenn das öffentliche Interesse eine abweichende Anordnung gebietet. Ein Zustand aber, der dem öffentlichen Interesse widerspricht, darf auch nicht für einen Tag weiterbestehen.[39] Aus diesem Grunde kann die Verwaltungsbehörde an ihre Anordnungen nicht gebunden sein, wie das Gericht an das Urteil; den Verfügungen der Verwaltungsbehörden fehlt die materielle Rechtskraft.[40] Die Behörde darf ihre eigene Verfü-

---

[39] Urteil des Österreichischen Verwaltungsgerichtshofs vom 2. April 1903 (Budwinski, Sammlung der Erkenntnisse des K. K. Verwaltungsgerichtshofs Bd. XXVII, Administrativrecht Nr. 1675): Die Unterbehörde hatte ein Verbot erlassen, Sammelmarken in Verkehr zu bringen, die staatlichen Geldstücken sehr ähnlich sahen; das Verbot wurde jedoch von der Statthalterei aufgehoben. Bald darauf erläßt die Unterbehörde dasselbe Verbot; hiergegen wird Rekurs eingereicht mit der Begründung, es liege res judicata vor. „Der Verwaltungsgerichtshof konnte dieser Argumentation nicht folgen; denn wenn man die Wirkungen der Rechtskraft auf dem Gebiet der Verwaltung noch so weit faßte, so würde sich dieselbe auf den vorliegenden Fall doch nicht erstrecken. Diese Wirkungen können nämlich niemals so weit führen, daß in einer Angelegenheit, durch welche ein staatliches, im öffentlichen Interesse begründetes Hoheitsrecht berührt wird, ein möglicherweise rechtswidriger Zustand darum für immer geduldet werden soll, weil er einmal rechtsirrtümlich gestattet wurde. Es war vielmehr davon auszugehen, daß die Staatsverwaltung jederzeit berechtigt ist, einen derartigen Zustand zumindest mit der Wirkung ex nunc zu beseitigen." Über die Einschränkungen dieses Grundsatzes s. unten S. 190 ff.

[40] Die Frage ist sehr bestritten. Für die „materielle Rechtskraft" der Verwaltungsakte (Verfügungen) hat sich der Braunschweigische Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen; die exceptio rei judicatae sei begründet, wenn eadem res vorliege. Reger XXVII S. 184; XXX 29; Soergel, I S. 159 Nr. 3; V 327. Urt. d. Braunschw. Verw.-G.-H. 12. Mai 1909 (materielle Rechtskraft gelte aber nur „bis auf weiteres") in der Ztschr. f. Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig Bd. 56, Beil. S. 5. Auch der bayrische Verwaltungsgerichtshof neigt dazu, den Verfügungen der Verwaltungsbehörden materielle Rechtskraft zuzugestehen, schränkt diese Ansicht aber nach zwei

gung abändern oder zurücknehmen (widerrufen) nicht bloß bei einer Änderung der äußeren Verhältnisse, sondern schon „wegen geänderter oder abweichender Ansicht“,[41] d. h. wenn sie Tatsachen anders würdigt oder Rechtssätze anders auslegt,[42] als sie es beim Erlaß der Verfügung getan hat.[43] Daraus folgt, daß umgekehrt auch der Untertan jederzeit den Antrag auf Abänderung oder Aufhebung einer gegen ihn erlassenen Verfügung zu stellen befugt ist mit der Begründung, das Gemeininteresse verlange die weitere Aufrechterhaltung der Verfügung nicht. Die angerufene

---

Richtungen ein: er nimmt an, daß Rechtskraft überhaupt nur solchen Verfügungen der Verwaltungsbehörden zukommen könne, die einen verwaltungsrechtlichen Ausspruch über bestrittene Rechte und Verbindlichkeiten enthalten und vertritt im übrigen die Meinung, daß jede Verfügung nur unter der clausula rebus sic stantibus gelte; bei Veränderung der Sachlage könne deshalb eine neue Verfügung ergehen. S. Reger-Dyroff, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, 4. Aufl., 1908, S. 488f. Reger XXVIII S. 173.

[41] Badische landesherrliche Verordnung v. 31. August 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betreffend § 43 Ziff. 1. — Beispiele: Der Widerruf einer von der Polizei erteilten Tanzerlaubnis ist jederzeit zulässig. Soergel I S. 565 Nr. 5; ferner II S. 813, Nr. 79. Preußisches Verwaltungs-Bl. XXXIV 620. Die Behörde versagt die Genehmigung zur Abhaltung einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel (§ 7 des Vereinsgesetzes vom 19. April 1908) oder sie verbietet die Aufführung eines Theaterstücks, weil sie eine Störung der öffentlichen Sicherheit befürchtet. Hinterher überzeugt sie sich von der Unrichtigkeit ihrer Ansicht. Sie kann daher jederzeit ihre Verfügung zurücknehmen. Ebenso kann sie die erteilte Erlaubnis zur Abhaltung einer Versammlung oder zur Aufführung eines Theaterstücks jederzeit zurücknehmen, wenn sie einsieht, daß die öffentliche Sicherheit gefährdet würde. Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts I S. 26. Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd 23, S. 164; Bd. 57, S. 322 (Reger XXXI 228). S. ferner Soergel IV S. 696, Nr. 72. Rechtsprechung des Badischen Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 408—410, 1302.

[42] Beispiel: Die Behörde legt den Begriff der Völlerei (RGewO. § 33, Abs. 2, Ziff. 1) in einem anderen Sinn aus als in einem früheren Falle. Reger XXIII S. 218. Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 57, S. 26. — Dagegen ist die Behörde, welche ein Strafurteil in der Form einer Verfügung erlassen hat (vgl. oben § 2) nicht befugt, diese Verfügung zurückzunehmen. Anderer Ansicht ist ein Erlaß des preuß Ministeriums des Innern vom 6. Mai 1902. Reger XXII S. 426.

[43] Über den Einfluß eines neuen Gesetzes auf bereits bestehende Verhältnisse siehe oben S. 89.

Behörde kann ihm nicht die Einrede der abgeurteilten Sache (res judicata) entgegenhalten.[44] So darf z. B. die Behörde nicht verlangen, daß ein Bewerber, der ein erstes Mal mit einem Gesuch um Erteilung einer behördlichen Erlaubnis oder Konzession (bau- oder gewerbepolizeiliche Erlaubnis, Konzession zur Errichtung eines Stauwehrs) abgewiesen worden ist, sein Begehren erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder bei Veränderung der Verhältnisse wiederhole.[45]

Die Behörde darf von ihrer Befugnis, eine von ihr erlassene Verfügung zurückzunehmen oder abzuändern, nur Gebrauch machen, wenn das öffentliche Interesse dies gebietet.[46] Die Behörde soll nicht leichthin bestehende Verhältnisse stören, die sich auf Grund ihrer Verfügungen herausgebildet haben;[47] sie

[44] Beispiele: Der Ziegeleibesitzer verlangt, nachdem er sein Unternehmen mehrere Jahre betrieben hat, von der Behörde, daß sie aus der von ihr erteilten gewerbepolizeilichen Erlaubnis die Bedingung streiche, der Betrieb seines Ringofens sei jedes Jahr vom 15. Juni bis 15. Oktober vollständig einzustellen. Die Behörde hat das Gesuch materiell neu zu prüfen. Sie darf den Petenten nicht zurückweisen mit der Behauptung, die gewerbepolizeiliche Erlaubnis sei materiell rechtskräftig geworden. Reger XXVIII S. 173. Der gleiche Grundsatz gilt selbstverständlich auch für die Erledigung der Gesuche um Erteilung von Wirtschaftskonzessionen, um Erteilung eines Führerscheins (Kraftfahrzeuge) u. dgl.; ist der Gesuchsteller ein erstes Mal abgewiesen worden, so darf sich die Behörde der sachlichen Prüfung eines von ihm zum zweitenmal gestellten Gesuchs nicht entziehen durch den Hinweis auf die res judicata. Landmann, Kommentar zur GewO. I[6] S. 204. Preuß. OVG 14. März 1912 (Preuß. VerwBl. XXXIV 117). Die Behörde darf auch nicht etwa abweisen unter Berufung auf die formelle Rechtskraft. (Unrichtig: Urteil des Kgl. Sächs. OVG. vom 16. März 1901, Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. I S. 26.)

[45] Anderer Ansicht: Entscheidungen des braunschweigischen Verwaltungsgerichtshofs vom 19. September 1906 (Reger XXVII S. 184) und Entscheidung des Kgl. Sächs. Ministeriums des Innern vom 4. Okt. 1906 (Reger XXVII S. 187).

[46] Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 334ff. Entscheidungen des Preuß. OVG Bd. 57, S. 495. Mehr Freiheit nach dieser Richtung besitzt die Behörde auch nicht gegenüber den Verfügungen, auf deren Gewährung der Bürger keinen Rechtsanspruch besessen hat (Erlaubnis auf gesteigerten Gemeingebrauch der Straße usw.). Preuß. OVG. 20. März 1911 (Preuß. Verw. Bl. XXXII 566).

[47] Die Behörden haben jahrzehntelang die Erstreckung eines Wirtschaftsbetriebs auf eine Nachbarliegenschaft als zu Recht bestehend aner-

soll auch nicht infolge einer veränderten Rechtsauffassung ohne zwingende Notwendigkeit Besitzstände der Bürger als rechtsungültig erklären, die sie jahrelang unangefochten gelassen hatte.[48] „Quieta non movere" und „Treu und Glauben" müssen auch für die Verwaltungsbehörden gelten. Aber freilich, die Möglichkeit, daß eine ihm günstige Verfügung zurückgenommen wird, schwebt stets wie ein Damoklesschwert über dem Haupt des Privaten. Der Gesetzgeber hat deshalb darauf Bedacht nehmen müssen, diese Kompetenz zur Rücknahme einer Verfügung einzuschränken für die Fälle, für welche dies die Rücksicht auf die Rechtssicherheit verlangt. So hat er Unabänderlichkeit namentlich denjenigen anspruch- oder pflichtbegründenden Verfügungen zugesichert, die von der Behörde nur nach vorangegangenem umständlichen Einspruchs- oder Ermittelungsverfahren erlassen wer-

---

kannt. Darf nun die Behörde den weitern Betrieb hindern, wenn durch Zufall festgestellt wird, daß eine unzulässige Ausdehnung einer Realgewerbeberechtigung vorliegt? Vgl. auch Urteil des Preuß. Ober-Verw.-Ger. 20. März 1911 (Preuß. Verw.-Bl. XXXII 566).

[48] Auf ein gutes Beispiel aus der badischen Praxis weist W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 24 hin: Nach der älteren Auffassung galten in Baden Kaffeewirtschaften (ohne Ausschank geistiger Getränke) nicht als genehmigungspflichtig. Nachdem sich jedoch die Praxis in Baden der herrschenden Auslegung des § 33 der Gew.-Ordn. anzuschließen begonnen hatte, derzufolge auch Kaffeewirtschaften konzessionspflichtig sind, kam die Inhaberin einer seit lange bestehenden Kaffeewirtschaft dem Verlangen der Polizei gemäß um eine Erlaubnis ein. Die Behörde schlug die Erlaubnis jedoch ab. Der Verwaltungsgerichtshof hob am 5. April 1905 die Verfügung auf und schützte die Inhaberin der Wirtschaft in ihrem Besitzstand. Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 1042. Im selben Sinn Bad. Verw.-G.-H. 14. März 1905 (Rechtsprechung d. Bad. Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 356): Klägerin hat jahrelang in Übereinstimmung mit der Übung Krankenkassenbeiträge bezahlt. Bei ihrer Erkrankung wird festgestellt, daß dies aus Rechtsirrtum geschehen und die Klägerin nie Kassenmitglied gewesen war. Die Kasse verweigert die Leistungen. Der Verw.-G.-H. hat sie jedoch mit Berufung auf „Treu und Glauben" dazu verurteilt. — Dieser Grundsatz hat nunmehr in der Reichsversicherungsordnung gesetzliche Anerkennung gefunden. Nach § 1446 gelten „Beiträge, die in der irrtümlichen Annahme der Versicherungspflicht entrichtet worden sind und nicht zurückgefordert werden, als für die Selbstversicherung oder Weiterversicherung entrichtet, wenn das Recht dazu in der Zeit der Entrichtung bestanden hat".

den dürfen. Denn die Aufgabe eines solchen Verfahrens besteht gerade darin, einerseits Raum zu schaffen für eine allseitige Prüfung der öffentlichen Interessen, andrerseits aber dem Bürger Gewähr dafür zu bieten, daß die auf diese Weise zustande gekommene Verfügung nicht mehr abgeändert wird. So ist z. B. der Gewerbetreibende, dem auf Grund des in der Gewerbeordnung (§ 19ff.) vorgeschriebenen Einspruchsverfahrens eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis erteilt worden ist, gegen nachträgliche individuelle Auflagen geschützt worden; die Gewerbeerlaubnis darf nur aus ganz bestimmten, im Gesetz (GewO. §§ 40 und 53) aufgezählten Gründen abgeändert oder widerrufen werden.[49] Ebensowenig ist die Behörde zur Abänderung einer von ihr erteilten baupolizeilichen Bewilligung befugt, nachdem der Eigentümer mit der Errichtung des Baues begonnen hat.[50] In gleicher Weise schützt, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt, eine formell rechtskräftig gewordene „Steuer-Veranlagung" den Steuerpflichtigen gegen eine Nachbesteuerung — vorausgesetzt, daß die Behörde bei der Veranlagung die für den Umfang der Steuerpflicht erheblichen Tatsachen gekannt hat

---

[49] S. unten § 24. Landmann, Kommentar z. GewO. I[6] S. 191. Vossen, Der Schutz der Gewerbefreiheit und der Verfassungsrechte durch das preuß. Oberverwaltungsgericht, 2. Aufl., 1910, S. 71ff. O. Mayer, I 302. Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 340. Das Gemeinwohl schützt jedoch die GewO. in anderer Weise. Vgl. § 51: „Wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl kann die fernere Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage durch die höhere Verwaltungsbehörde zu jeder Zeit untersagt werden. Doch muß dem Besitzer alsdann für den erweislichen Schaden Ersatz geleistet werden. — Gegen die untersagende Verfügung ist der Rekurs zulässig; wegen der Entschädigung steht der Rechtsweg offen." Landmann, Kommentar zur GewO. I[6] S. 514ff.

[50] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 302. Baltz, Preuß. Baupolizeirecht S. 144 und die dort zitierten Gerichtssprüche. Preuß. Ober-Verw.-G. 29. Oktober 1910 (Preuß. Verw.-Bl. XXXII 697) Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. Bd. VII S. 126, XI S. 31; XVII 227; Soergel V 492. Das Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 34 S. 242 (Urteil v. 22. Sept. 1894) vertritt die Ansicht, daß erst dem fertigen Bau gegenüber die Behörden gebunden seien. Ebenso Fr. J. Roth, Badische Landesbauordnung vom 1. September 1907, 2. Aufl. 1909, S. 344. Soergel, I S. 678 Nr. 152.

oder hätte kennen müssen.[51] Unabänderlich sind endlich alle die Verfügungen der Verwaltungsbehörden, welche mit Ermächtigung des Gesetzes subjektive Rechte zu Gunsten bestimmter Untertanen begründet haben.[52] Es sei erinnert an den in der Anstellungsurkunde zugesicherten Beamtengehalt und die Beamtenpension; an den in dem Feststellungsbescheid anerkannten Anspruch des versicherten Arbeiters auf eine bestimmte Unfallentschädigungssumme;[53] an das Recht des Eisenbahnkonzessionärs auf Errichtung und Betrieb eines Eisenbahnunternehmens; an das konzessionsgemäße Recht des Fabrikanten auf Errichtung eines Stauwehres in einem öffentlichen Fluß u. a. m.

Trotzdem kann die Behörde ermächtigt sein, wenn besondere Voraussetzungen vorliegen, grundsätzlich unwiderrufliche

---

[51] Entsch. der vereinigten Steuersenate des preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 4. Dezember 1899 (Entsch. in Staatssteuersachen VIII S. 265). Ferner Entsch. v. 28. Nov. 1901 und 23. März 1905 (Entsch. in Staatssteuersachen Bd. X S. 433, Bd. XII S. 359). Urteil des Kgl. Sächs Ob.-Verw.-Ger. v. 18. Februar 1904 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. V S. 190): Bei Verkauf einer Apotheke ist von der Stadt nur von dem Wert des Gebäudes, nicht aber auch von dem Wert der Apothekengerechtigkeit die Umsatzsteuer erhoben worden. Später bei einem neuen Kauf wird dies beachtet und Nachzahlung gefordert. Das Ob.-Verw.-Ger. erklärt dies für unzulässig. Die Abgabenfeststellung war unanfechtbar geworden. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I S. 419 und K. Göz, Das württembergische Einkommensteuergesetz, [2] 1908, S. 286ff. Entsch. d. Preuß. OVG. Bd. 57, S. 1. — Dagegen kann die Steuer nachgefordert werden von jedem Pflichtigen, der bei der Veranlagung aus irgendeinem Grund übergangen worden ist. Preuß. Einkommensteuergesetz v. 24. Juli 1891, § 80; preuß. Kommunalabgabengesetz v. 14. Juli 1893, § 84. Eine Änderung in der Rechtsauffassung der Behörde bildet jedoch für sich noch keinen Grund zur Nachforderung einer Steuer (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. X 261); anders bei der Erhebung von Gebühren (Jahrbücher XVII 165).

[52] Urteile des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. vom 29. Januar 1908, 7. Januar 1911 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. XII S. 8; XVI 292). Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 341ff. — So begründet ein vom Staate verliehener Ehrentitel ein subjektives öffentliches Recht des Beliehenen, das ihm nicht entzogen werden kann, sofern die Verleihung fehlerfrei (s. unten S. 195) zustande gekommen ist. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 80, S. 273. v. Martitz, Der staatlich verliehene Ehrentitel (in der Festgabe der Berliner jurist. Fakultät für Gierke, Bd. I (1910) S. 171 u. dazu Verwaltungsarchiv XIX 298.)

[53] Reichsversicherungsordnung § 1583.

Verfügungen zurückzunehmen. Die eine dieser Ermächtigungen ist der durch Gesetz oder durch die Verfügung selbst aufgestellte Widerrufs- oder Abänderungsvorbehalt.[54] Nahe verwandt damit ist die gewissen rechtsbegründenden Verfügungen von Gesetzeswegen anhaftende Verwirkungsklausel, kraft deren die Behörde die Befugnis erlangt, dem Privaten das verliehene Recht wieder zu entziehen, wenn er die damit verbundenen öffentlichen Pflichten nicht erfüllt.[55] Endlich aber gibt es Verfügungen, die nur so lange Gültigkeit behalten, als die Voraussetzungen fortdauern, unter denen die einzelne Verfügung erlassen worden ist.[56] Die Behörde kann ermächtigt sein, bei Änderung oder Wegfall dieser Voraussetzungen ihre Verfügung ganz zurückzunehmen oder sie durch eine andere zu ersetzen. Es sei jedoch ausdrücklich bemerkt, daß die Rücknahme einer Verfügung wegen

---

[54] Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 330ff. Vgl. z. B. Reichsgesetz über das Auswanderungswesen, v. 9. Juni 1897, § 10: „Die den Unternehmern erteilte Erlaubnis kann unter Zustimmung des Bundesrats vom Reichskanzler jederzeit beschränkt oder widerrufen werden ....“ vgl. ferner § 18. — Einen Abänderungsvorbehalt pflegen die Polizeibehörden der Polizeierlaubnis (Baukonsens, Gewerbekonzession) beizufügen („Vorbehalt weiterer Bedingungen“), sofern sich zur Zeit der Erteilung der Polizeierlaubnis noch nicht überblicken läßt, wie weit das neue Unternehmen auf das Publikum schädlich einwirken wird. Landmann, GewO. I[6] S. 192. Baltz, Preuß. Baupolizeirecht S. 30. — Derartige Vorbehalte sind nur zulässig, sofern sie dazu dienen, gesetzliche Anforderungen zur Geltung zu bringen.

[55] Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 403ff. So schreibt das Preußische Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. November 1838 § 47 vor, die Eisenbahnkonzession werde verwirkt und die Bahn für Rechnung der Gesellschaft versteigert, „wenn diese eine der allgemeinen oder besonderen Bedingungen nicht erfüllt und eine Aufforderung zur Erfüllung binnen einer endlichen Frist von mindestens drei Monaten ohne Erfolg bleibt.“ Über Verwirkung des Patents: Reichspatentgesetz v. 7. April 1891 § 11. Verwirkung des Enteignungsrechts: Kgl. Sächs. Enteignungsgesetz v. 1902, § 12, Abs. 4 u. a. m.

[56] Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 361ff. Beispiele: Reichsversicherungsordnung § 608: „Tritt in den Verhältnissen, welche für die Feststellung der Entschädigung maßgebend gewesen sind, eine wesentliche Änderung ein, so kann eine neue Feststellung getroffen werden.“ Ebenso § 1304 (Entziehung der Invalidenrente). Vgl. auch GewO. § 53 (Entziehung der Approbation, wenn dem Inhaber die bürgerl. Ehrenrechte aberkannt werden).

Wegfalls der Voraussetzungen nur in den vom Gesetze genannten Fällen zulässig ist.

c. Jede Verfügung ist nur rechtsgültig, wenn sie von der zuständigen Behörde erlassen worden ist und inhaltlich mit dem Gesetze übereinstimmt. Da sich in der Verfügung eine Willenserklärung verkörpert, so muß sie überdies frei von Willensfehlern sein. Die Verfügung, die gegen einen dieser Grundsätze verstößt, ist ungültig.[57]

Während das Privatrecht im allgemeinen ein mit rechtlichen Mängeln behaftetes Rechtsgeschäft als nichtig behandelt, läßt das öffentliche Recht diese Wirkung nur bei den gröbsten Verstößen gegen das Gesetz eintreten.[58] Es betrachtet als nichtig nur diejenige Verfügung, welcher ein wesentliches juristisches Element fehlt. Zu den wesentlichen Elementen jeder Verfügung gehört aber, 1. daß die verfügende Behörde sachlich und örtlich zuständig gewesen ist,[59] 2. daß die Verfügung in die vom Gesetze

---

[57] Näheres über die Lehre s. bei Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 1908. (Der Verfasser geht von Anschauungen aus, die zum Teil von der oben im Text vertretenen Meinung abweichen.) Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 203ff.

[58] Laband, Staatsrecht II[5] S. 195ff. Sächs. OVG. 16. Oktober 1911 (Jahrbücher XVIII 75).

[59] Beispiele: Nichtig ist die Verfügung des Organs, das keine Amtsgewalt zur Besorgung einer bestimmten Art von Geschäften besitzt. Daher liegt ein nichtiger Staatsakt nicht bloß dann vor, wenn die Verwaltungsbehörde in den Bereich einer anderen staatlichen Funktion übergreift, sondern auch in den Fällen, in denen eine untere Verwaltungsinstanz eine von Gesetzeswegen der höheren Verwaltungsinstanz vorbehaltene Anordnung getroffen hat. Z. B.: Eine untere Baupolizeibehörde hat dem A. die Bewilligung zur Errichtung eines Pulvermagazins erteilt, trotzdem die Kompetenz hierzu der höheren Verwaltungsbehörde allein zusteht (Amtsblatt des Württembg. Ministeriums des Innern, 1890, S. 115). Vgl. auch Entsch. des preuß. Ob.-Verw.-Ger. v. 14. Nov. 1901 (Reger XXII S. 301). Badischer VerwGH 18. März 1913: der Bürgermeister hat irrtümlicherweise an Stelle des Vorsitzenden des lokalen Versicherungsamts eine Verfügung erlassen; sie ist nichtig; jedermann durfte den Akt pro non facto behandeln (Ztsch. f. Bad. Verw. u. VerwRPfl. 1913, S. 106). Nachträgliche Genehmigung der zuständigen Behörde heilt die Ungültigkeit nicht. Entsch. des sächs. Ob.-Verw.-Ger. v. 18. Juni 1906 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. IX S. 157). — Daß auch die Verfügung des örtlich unzuständigen Verwaltungsbeamten als nichtig behandelt wird, erklärt sich aus den besonderen Verhältnissen der Verwal-

vorgeschriebene Form gekleidet und unter Beobachtung der wesentlichen Vorschriften über das Verfahren erlassen worden ist,[60] und 3. daß die Verfügung etwas anordnet, was tatsächlich und rechtlich möglich ist[60a] und gegen kein Verbotsgesetz verstößt.[61] Erfüllt

---

tung. Das Verwaltungsrecht geht davon aus, daß nur der mit den lokalen Verhältnissen vertraute Beamte die richtige Anordnung zu treffen in der Lage ist. Es hat deshalb das Preuß. Ob.-Verw.-Ger. am 14. November 1901 (Entscheidungen Bd. 40, S. 300) ausgesprochen, daß eine im Jahre 1887 vom Polizeipräsidenten von Berlin erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Irrenanstalt in Charlottenburg von den Behörden als nichtig hat betrachtet werden dürfen. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 248.

[60] Nur die Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften macht die Verfügung ungültig. Dazu gehören in erster Linie die gesetzlichen Vorschriften über die Öffentlichkeit einer Sitzung; eine Schankkonzession über die von der Behörde nicht in öffentlicher Sitzung (GewO § 21, Ziff. 2) verhandelt worden ist, ist nichtig. Reger XXXII 414; Jahrbüch. d. Kgl. Sächs. OVG. XVIII 102; Soergel V 90. Nichtig ist ferner die Erlaubnis zur Errichtg. einer Privatkrankenanstalt, die erteilt worden ist, ohne daß von der höheren Verwaltungsbehörde (nach § 30 GewO.) die Ortspolizei und die Gemeindebehörde gehört worden war. Entsch. des braunschw. Verw.-Ger.-H. vom 24. April 1901 (Reger XXII S. 303). Nichtig ist ferner eine Schankkonzession, bei deren Erteilung in der Kollegialbehörde ein mit seinem Privatinteresse beteiligtes Mitglied mitgewirkt hat. Entsch. des bayr Verw.-Ger.-H. vom 3. April 1907 (Reger XXVII S. 356). Entsch. des Kgl. sächs. Ob.-Verw.-Ger. vom 29. Januar 1908 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. XII S. 8). Nichtig ist weiter eine Ministerialverfügung, welche einen öffentlichen Weg aufgehoben hat, ohne daß zuvor die Interessenten gesetzesgemäß angehört worden sind. Braunschweig. VGH. 16. September 1908 (Ztschr. f. Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig, 1909, Beilage, S. 30). Vgl. im allgemeinen die Ausführungen bei Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung Bd. I[6] S. 201. Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 235ff.

[60a] Nichtig ist eine Verfügung, welche von einem Fabrikherrn technisch unausführbare Schutzvorrichtungen zur Beseitigung der Rauchbelästigung verlangt (Kgl. Sächs. OVG. 24. Mai 1911, Jahrbücher XVII 198); nichtig ist eine Verfügung, welche dem Eigentümer eine Art der Kanalisirung seines Grundstücks anbefiehlt, die nur durch Benutzung eines fremden Nachbargrundstückes möglich ist (cit. Jahrbücher XVIII 220). Preuß. OVG. 7. Oktober 1902 u. 2. Februar 1912 (Preuß. Verw. Bl. XXIV 439, XXXIV 171). Vgl. auch Jahrbücher d. Kgl. Sächs. OVG. XVIII S 222.

[61] Beispiele: Urteil des badischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Nov. 1909 (Ztsch. f. Bad. Verw. u. Verw RPfl. 1910, S. 76; Reger XXX S. 406): Eine von einem Bezirksrat nach Inkrafttreten der

eine Verfügung eine dieser Voraussetzungen nicht, so ist sie nichtig. Die nichtige Verfügung ist auch nicht dem Scheine nach rechtsbeständig. Sie kann von Jedermann als nicht vorhanden betrachtet werden. Einer besonderen formellen Kraftloserklärung bedarf es nicht. Eine solche ist aber auch nicht ausgeschlossen: der Behörde, die die Verfügung erlassen hat, wie der Aufsichtsinstanz kommt es zu, die nichtige Verfügung von Amteswegen zurückzunehmen, und derselbe Erfolg wird mit einer Klage an das Verwaltungsgericht erreicht.[62]

Ist dagegen eine Verfügung mit einer Ungültigkeit anderer Art behaftet, so kann ihr die Fähigkeit zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen nur durch eine amtliche Kraftloserklärung genommen werden. Bis eine solche erfolgt ist, ist jedoch die Verfügung als rechtsbeständig zu behandeln.[63] Diese Außerkraftsetzung kann erfolgen entweder von Amteswegen — d. h. durch Zurücknahme der ungültigen Verfügung von seiten der Behörde, welche die Verfügung erlassen hat oder von seiten der Aufsichtsinstanz vermöge ihrer Aufsichtsgewalt —, oder aber durch eine auf Beschwerde oder Klage des betroffenen Bürgers hin ergehende Entscheidung der zuständigen Behörde im Beschwerde- oder Verwaltungsstreitverfahren (s. unten §§ 14 und 15). Wird die Verfügung auf einem dieser Wege aufgehoben, so heißt dies, daß sie von Anbeginn an nicht rechtsgültig gewesen ist. Denn absolute Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unterscheiden sich nicht in ihren

---

Reichsgewerbeordnung erteilte reale Schankkonzession ist nichtig, denn nach § 10 der GewO. dürfen neue Realgewerbeberechtigungen nicht mehr begründet werden. — Ebenso ist eine gegen den Willen des Antragstellers nur auf beschränkte Zeit erteilte Schankwirtschaftskonzession nichtig; denn nach § 40 der GewO. dürfen befristete Genehmigungen nicht erteilt werden. (Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 10. Mai 1906, Reger XXVII S. 46.) S. jedoch oben S. 183. Vgl. auch Soergel I S. 30 Nr. 306, 2. DJZ. XVI 766 (Preuß. OVG. 27. Oktober 1910). Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 232ff.

[62] In solchen Fällen stellt die angerufene Instanz lediglich fest, daß die Verfügung nie zu Recht bestanden hat. S. das in der Anm. 61 zitierte Urt. des Bad. Verwaltungsgerichtshofs v. 3. November 1909.

[63] Eine ungültige Verfügung wird nicht „materiell rechtskräftig" in dem oben (S. 186ff.) dargelegten Sinn. Ein Urteil des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. v. 9. April 1910 führt aus: Die Behörde sei befugt, eine Bauerlaubnis ederzeit wegen materieller Rechtswidrigkeit zu widerrufen. (Preuß. Verw. Bl. XXXII S. 350.)

Wirkungen, sondern bloß in der Art, wie die Beseitigung der ungültigen Verfügung herbeigeführt wird.[64] Nur durch förmliche Aufhebung von seiten der zuständigen Behörde ist daher eine Verfügung aus der Welt zu schaffen, welcher die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen,[65] oder eine Verfügung, in welcher die Behörde den Bereich ihres freien Ermessens überschritten hat,[66] oder eine Verfügung, welche Willensmängel aufweist.[67] Was den zuletzt genannten Ungültigkeitsgrund betrifft, so hat sich die Praxis wiederholt mit dem Bedenken beschäftigt, ob und inwieweit der Irrtum der verfügenden Behörde Einfluß auf die Rechtsgültigkeit der Verfügung äußert. Irrt die Behörde bei der Auslegung einer Gesetzesvorschrift oder bei der Würdigung einer Tatsache, so wird dadurch ihre Verfügung an sich nicht ungültig.[68] Anders dagegen liegt die Sache in den Fällen, in

---

[64] Wenn der Zivil- und Strafrichter berufen ist, incidenter (als Vorfrage) über die Rechtsgültigkeit einer Verfügung zu befinden, so ist er befugt, rechtliche Wirkung auch der Verfügung abzusprechen, die noch formell zu Recht besteht. Wenn beispielsweise der Strafrichter nach § 110 StGB. prüfen muß, ob der Angeklagte zum Ungehorsam „gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen aufgefordert" hat, so liegt dem Strafrichter ob, nach öffentlichrechtlichen Grundsätzen zu untersuchen, ob die obrigkeitliche Anordnung rechtsbeständig gewesen ist. Frank, Strafgesetzbuch[10], S. 215.

[65] Vgl. oben S. 183. Z. B.: Ein Ausländer ist naturalisiert worden, der nicht um Verleihung der Staatsangehörigkeit nachgesucht hat. Oder: eine Person ist von einer Krankenkasse als freiwillig Versicherter angenommen worden, bei der eine der Voraussetzungen für die freiwillige Versicherung fehlt. Reger, Erg.-Bd. IV 62.

[66] S. oben S. 132ff.

[67] Vgl. zum Folgenden Bekker, Pandekten II S. 56ff. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 279ff. Richard Giessner, Wirkungen von Willensmängeln auf die Anstellung oder Entlassung eines unmittelbaren preußischen Staatsbeamten, Göttinger Dissertation 1912, S. 26ff. Siehe auch oben S. 182. Dahin gehört auch die Verfügung, die eine unbestimmte Anordnung enthält. Vgl. oben S. 158, Anmerk. 1. Reger, Bd. 31, S. 9. — Außer Betracht bleiben hier die Verfügungen geschäftsunfähiger Beamter. Vgl. über sie Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 290ff. Giessner a. a. O. S. 32ff.

[68] Wohl aber kann die Entdeckung des Irrtums der Behörde Anlaß zur Zurücknahme ihrer Verfügung geben, falls eine solche aus allgemeinen Gründen zulässig ist. Preuß. OVG. 22. Dezember 1909: Der Amtsvor-

denen eine Verfügung auf Grund tatsächlicher Angaben des beteiligten Untertans ergangen ist, die sich hinterher als unrichtig erwiesen haben. Ist die Behörde in dieser Weise getäuscht worden, so unterliegt ihre Verfügung der Aufhebung,[69] es wäre denn, daß das Gesetz dies ausdrücklich ausgeschlossen hätte.[70]

---

steher hat übersehen, daß ein projektiertes Gebäude die Fluchtlinie überschreitet; er darf die Bauerlaubnis (bis zum Baubeginn) zurücknehmen. Preuß. Verw.Bl. XXXII 92; vgl. auch XXX 340.

[69] Allgemein geordnet ist das Institut in der Badischen landesherrlichen Verordnung vom 31. August 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betreffend, § 43. Hier wird die verfügende Behörde ermächtigt, ihre Verfügung abzuändern oder aufzuheben (Ziff. 2), „wenn eine erteilte Bewilligung oder Genehmigung erschlichen, im Widerspruch mit einer Vorschrift des Gesetzes oder einer Verordnung, oder unzuständiger Weise erteilt wurde". S. auch Badische Landesbauordnung vom 1. September 1907 § 137. Wie sich aus dem im Texte ausgesprochenen Rechtsgrundsatz ergibt, darf eine Fakultät den von ihr verliehenen Doktortitel ohne weiteres zurücknehmen, wenn nachgewiesen wird, daß der Kandidat die Fakultät durch Einreichung einer Arbeit, die nicht von ihm selbständig verfaßt worden war, getäuscht hat. — Über die Wiederaufnahme des Verfahrens in der Arbeiterversicherung infolge betrügerischer Vorspiegelung eines Beteiligten: Reichsversicherungsordnung §§ 1723, 1729, 1734. Über unrichtige Angaben in Baugesuchen: Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, S. 145 und Fr. J. Roth, Badische Landesbauordnung, S. 344. Besonders geordnet ist das Verfahren in den Steuergesetzen für die Steuerhinterziehung und die Nachsteuer. S. ferner GewO. § 53, Abs. 1: „Die in dem § 29 bezeichneten Approbationen können von der Verwaltungsbehörde nur dann zurückgenommen werden, wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargetan wird, auf Grund deren solche erteilt worden sind...." Daß dieser Vorschrift allgemeine Bedeutung zukommt, hebt hervor: Landmann, Kommentar zur GewO. I[6] S. 526.

[70] Eine solche Ausnahme gelte für den Naturalisationsakt, behauptet zu Unrecht das preuß. Ob.-Verw.-Ger.: Ein Russe war, gestützt auf unwahre Angaben, in Gotha naturalisiert worden. Als die Täuschung festgestellt wurde, nahm die gothaische Behörde die Naturalisation zurück. Der Russe wurde später aus Preußen ausgewiesen und wehrte sich nun mit der Behauptung, dies sei unzulässig, er sei Reichsdeutscher. Das Ob.-Verw.-Ger. versagte der Rücknahmeverfügung der gothaischen Behörde die Anerkennung und erklärte die Ausweisung aus dem Reichsgebiet für unzulässig. Es nahm an, die Naturalisation sei ein Formalakt, der nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung annulliert werden dürfe. Entsch. des preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 23. Juni 1886 (Entsch. Bd. 13, S. 409; Reger VII S. 79); dem Urteil stimmen zu Wilhelm Cahn, Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust [der

Die dargestellte Bevorzugung der Ungültigkeitserklärung vor der ipso iure eintretenden Nichtigkeit rechtfertigt sich durch Verkehrsrücksichten. Die Rechtssicherheit wäre gefährdet, stünde jeder Behörde und jedem Bürger die Befugnis zu, einen der äußeren Erscheinung nach gesetzmäßigen Staatsakt als nicht vorhanden zu betrachten.

2. Ist im Verwaltungsrechte neben dem einseitigen Rechtsgeschäft, der Verfügung, noch Raum für das zweiseitige, den öffentlichrechtlichen Vertrag?[71]

Die Erfahrung lehrt, daß Gemeinden, Kommunalverbände und die ihnen gleichstehenden Organisationen sehr häufig über Verwaltungsaufgaben, die ihnen vom Staat zu gemeinsamer Besorgung übertragen sind oder über die sie gemäß ihrer Selbstverwaltung frei verfügen, mit gesetzlicher Ermächtigung oder kraft

---

Reichs- und Staatsangehörigkeit, 3. Aufl. 1908, S. 78; Laband, Staatsrecht I[5] S. 170. In gleichem Sinn die weiteren Urteile des Preuß. OVG. vom 1. Juni 1894 und 24. September 1909 (Entscheidungen Bd. 27, S. 410; Bd. 55, S. 235). In Übereinstimmung dagegen mit der im Text vertretenen Auffassung, wenn auch mit teilweise andrer Begründung: Otto Mayer, Bd. II S. 469 und Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 168ff. Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 227, 367. Der Schweizerische Bundesrat hat bei analoger Rechtslage derartige Naturalisationen mit Recht für ungültig erklärt. v. Salis, Schweizerisches Bundesrecht, 2. Aufl., Bd. II Nr. 472. Der Gesetzgeber ist bei der Gesetzesrevision der Ansicht des Bundesrats gefolgt. Vgl. darüber Fleiner, Zeitschrift für Schweizerisches Recht n. F., Bd. XXIII S. 426.

[71] Von den Verträgen, welche die Verwaltungsbehörde bei der Besorgung zahlreicher Verwaltungsaufgaben über zivilrechtliche Verhältnisse abschließt (Vertrag mit einem Bauunternehmer betr. Errichtung einer Straße usf.), ist hier nicht die Rede. Daß sie vom deutschen Verwaltungsrecht (im Gegensatz zum französischen Verwaltungsrecht) als gewöhnliche privatrechtliche Verträge behandelt werden, wurde oben Anmk. 34 erörtert. S. auch Preuß. Verw. Bl. XXXIII 242. Ein verbreiteter Sprachgebrauch faßt alle Verträge (öffentlichrechtliche und privatrechtliche), welche die öffentliche Verwaltung abschließt, unter dem Titel „Verwaltungsverträge" zusammen. v. Stengel, Art. „Vertrag" im Wörterbuch d. Deutschen Verwaltungsrechts II (1. Aufl.) S. 701. Bresiewicz, Art. „Verwaltungsrechtliche Übereinkommen" im Österreichischen Staatswörterbuch IV[2] S. 770 Grosch, Der Staat als Kontrahent (Jahrbuch des öffentlichen Rechts V 267). Hausmeister, Der Abschluß verpflichtender Verträge durch Gemeinden (Preuß. VerwBl. XXXIV 872). Fromm im Preuß. VerwBl. XXXV 46.

alten Gewohnheitsrechts und unter Zustimmung der staatlichen Aufsichtsinstanz untereinander Verträge abschließen z. B. über Errichtung gemeinsamer Schulen, Bau und Unterhalt von Wegen, Brücken usf.[72] Mit der Vertragschließung wird eine Verteilung der gemeinsamen Last unter den Beteiligten bezweckt. An der öffentlichrechtlichen Natur des durch Vertrag geordneten Rechtsverhältnisses wird dadurch nichts geändert. Man darf daher in solchen Fällen mit Fug von einem echten öffentlichrechtlichen Vertrag sprechen. Es ist jedoch schon oben S. 82 darauf hingewiesen worden, daß die Vertragsparteien in derartigen Vereinbarungen häufig nicht bloß wechselseitige Leistungspflichten zu begründen, sondern objektive Rechtsnormen aufzustellen beabsichtigen, nach denen sie bei der Besorgung der erwähnten Verwaltungsaufgaben ihr Verhalten einzurichten haben. Dieser letzteren Art von Verträgen kommt der Charakter von rechtsetzenden Vereinbarungen zu.[73]

In den soeben besprochenen Fällen handelt es sich um Beziehungen zwischen Gleichgeordneten. Lebhafter Streit aber besteht darüber, ob die Form des Vertrages auch anwendbar ist zur Regelung von Rechtsverhältnissen zwischen dem Herrscher

[72] Otto Mayer, II S. 286ff. u. 430. Hans Hoffmann, Die Wegebaulast in Pommern, Tübinger staatswissenschaftliche Doktordissertation, 1907, S. 27. — Ein hübsches Beispiel in einem Urteil des bayr. Verw.-Ger.-H. vom 24. Nov. 1905 (Sammlung von Entsch. des bayr. Verw.-Ger.-H. Bd. XXVII S. 35): Die Gemeinden A. und B. vereinigen sich zu einem Zweckverband zur Errichtung einer gemeinsamen Wasserleitung. Hinterher stellt die Gemeinde A. auch der Militärbehörde die Wasserleitung zur Verfügung. Die Gemeinde B. behauptet, darin liege eine Vertragsverletzung. Der Verw. Ger.-H. entscheidet, es liege ein öffentlichrechtlicher Vertrag vor, die Streitsache sei nach öffentlichem Recht zu beurteilen und falle infolgedessen in die verwaltungsgerichtliche Kompetenz. — Im gleichen Sinn Entscheidungen des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. vom 1. Juni 1907 und 6. April 1908 (Jahrb. des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. X S. 343, XII S. 252). — Vgl. andererseits Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913 § 113, Absatz 2 (Verträge über die Unterhaltungspflicht) s. oben S. 199.

[73] Über eine besondere Art dieser Verträge, die sog. Rezesse: Germershausen, Wegerecht, Bd. I, Register v. „Rezesse". Hans Hoffmann, Wegebaulast S. 31 und Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, II² S. 432, Art. „Rezesse". Über Teilungsrezesse im sächsischen Recht: Urteil des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. vom 9. Dez. 1903 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. Bd. V S. 237).

Staat und seinen Untertanen. Die gemeine Meinung erblickt im Vertrag eine Form des Privatrechts;[74] der Vertrag, so wird behauptet, sei ein „Privatrechtstitel". Er sei nur zwischen Gleichgeordneten möglich; eine Gleichordnung bestehe aber niemals zwischen dem Herrscher und dem Untertan. So äußerlich darf jedoch das Problem nicht aufgefaßt werden. Wir preisen es als eine Errungenschaft des Rechtsstaates, daß die Verwaltung selbst Untertan des Gesetzes geworden ist, und wir sind stolz darauf, daß der Staat die von ihm durch einseitige Verfügung begründeten öffentlichen Rechte der Untertanen gegen sich gelten lassen muß. Weshalb soll der Herrscher Staat an ein vertraglich gegebenes Versprechen dem Untertan gegenüber weniger gebunden sein?[75] Dem Herrscher Staat fehlt somit nicht die passive Vertragsfähigkeit, die Verpflichtbarkeit. Wenn der Vertrag trotzdem im modernen Verwaltungsrecht eine wesentlich geringere Rolle spielt, als die Verfügung, so liegt die Ursache in einem Moment, das bereits bezeichnet worden ist. Von Vertrag kann nur dort die Rede sein, wo auf die Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses der Wille einer jeden Partei einen gleichen rechtlichen Einfluß besitzt. Das trifft, wie wir oben § 4 nachgewiesen haben, bei den Verhältnissen des öffentlichen Rechtes im allgemeinen nicht zu. Denn diese werden einseitig durch den Willen des Staates geordnet.[76] Die meisten der von der Praxis als öffentlich-

---

[74] Die Zivilgerichte neigen infolgedessen der Ansicht zu, Streitigkeiten aus einem Vertrag gehörten per se auf den Rechtsweg. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts, Bd. I S. 215 Nr. 10. Über die verschiedenen Ansichten der Praxis: Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 47, 111.

[75] Auch wenn man der Ansicht von Laband nicht beipflichtet, (oben S. 184), das Beamtenverhältnis werde durch Vertrag begründet, so muß man Labands allgemeiner Erörterung zustimmen, daß der Vertrag auch eine Form des öffentlichen Rechts ist.

[76] Daher behauptet Otto Mayer, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag (Archiv für öffentliches Recht, Bd. III S. 1ff.), der Vertrag im eigentlichen Sinne sei im Verwaltungsrecht unanwendbar; was man „Verträge" nenne, seien in Wahrheit Verwaltungsakte, die nur mit Zustimmung des Betroffenen erfolgen könnten; oben S. 184. Im selben Sinn Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 38—39.

rechtliche Verträge bezeichneten Verwaltungsakte sind einseitige Verfügungen, deren Rechtmäßigkeit bedingt ist durch die Zustimmung des Betroffenen (s. oben S. 183). Die Behörde darf zum Vertrag nur greifen in den Fällen, in denen das Gesetz die Vertragsform ausdrücklich zugelassen und dadurch auf die einseitige Regelung eines Rechtsverhältnisses verzichtet hat.[77] Läßt sich die Behörde zur Abschließung eines Vertrages ohne gesetzliche Ermächtigung herbei, so ist ihre ganze Anordnung nichtig.[78] Nähere Betrachtung lehrt, daß es sich in den meisten Fällen, in denen die Gesetze die Vertragsform zulassen, nicht um Begründung neuer, sondern um Abänderung bereits bestehender gesetzlicher Rechte und Pflichten handelt. Dahin gehören Verträge der Finanzbehörden mit den Abgabepflichtigen über die Höhe der einzelnen Abgabe,[79] Vergleiche zwischen der Berufsgenossenschaft

---

[77] Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse S. 29.

[78] Wie bereits oben erwähnt wurde, sind die in Verträgen zwischen der Steuerbehörde und Steuerpflichtigen enthaltenen Zusicherungen schon wegen Formmangels nichtig, auch wenn eine materielle Schädigung der Steuerbehörde mit der Vertragsabschließung nicht beabsichtigt worden ist. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 130. Andrer Meinung die bei Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 48 und bei Kamptz und Delius I S. 215, Nr. 10ff. und S. 475, Nr. 23 angeführten Urteile. Sie gehen davon aus, daß von der öffentlichrechtlichen Pflicht abgesehen werden kann und völlig unabhängig von ihr privatrechtliche Vereinbarungen getroffen werden können. S. oben S. 130 Anmk. 21.

[79] Preuß. Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 § 13, Abs. 2: „Den Gemeinden sind Vereinbarungen mit den Beteiligten gestattet, wonach der Jahresbetrag der zu entrichtenden indirekten Steuern für mehrere Jahre im voraus fest bestimmt wird. Die Vereinbarungen bedürfen der Genehmigung." Vgl. auch § 43 und § 47 des zitierten Gesetzes und dazu die Angaben in dem Kommentar zum Kommunalabgabengesetz von Adickes. Urt. des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. v. 7. Januar 1908 (Entscheidungen Bd. 51, S. 148). Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 38 erblickt in den auf Grund der zit. Vorschrift des Kommunalabgabengesetzes zustande gekommenen Akten lediglich einseitige Verfügungen mit Zustimmung des Betroffenen.—Württembg. Wirtschaftsabgabengesetz vom 4. Juli 1900, Art. 2: „Die Abgabe von Wein wird in der Regel durch Akkorde erhoben, welche von drei zu drei Jahren mit den Wirten abzuschließen sind . . ." Preuß. Gesetz betr. die Vorausleistungen zum Wegebau vom 18. Aug. 1902, § 4: „Bei dauernder Abnutzung eines Weges kann

und dem versicherten Arbeiter über die Höhe der Unfallentschädigung,[80] Verträge zwischen dem Exproprianten und dem Expropriaten über die Höhe der Entschädigungssummen[81] usf.[82] Die erwähnten Verträge gehören ausnahmslos dem öffentlichen Rechte an, weil sie gewisse vom öffentlichen Recht geschaffene Rechtsverhältnisse[83] ordnen. Wie schon aus den erwähnten Beispielen hervorgeht, gestattet der Gesetzgeber zum Vertrag z. B. dann zu greifen, wenn durch die Abschließung eines Vertrages besondere technische Schwierigkeiten oder besondere Umständlichkeiten des Verfahrens vermieden werden können, die mit einer einseitigen Regelung der betreffenden Rechtsverhältnisse verbunden sind. Das öffentliche Interesse bleibt auch in diesen Fällen gewahrt; denn die Behörde behält, wenn der Weg des Vertrages nicht zum Ziele führt, die Möglichkeit, ihre Aufgabe durch Erlaß einer einseitigen Verfügung zu erfüllen. Dieses Zurücktreten des Vertrages hinter der einseitigen Verfügung hat zwei Ursachen. Die Abschließung eines Vertrags ist regelmäßig nur auf Grund wechselseitiger Zugeständnisse der Parteien möglich. Schafft der Gesetzgeber Raum für eine Vertragsschließung, so bietet er somit der Behörde die Gelegenheit, den einen Bürger besser zu behandeln, als den andern. Darum kann der Vertrag eine Gefahr für die Rechtsgleichheit werden. Im Gegensatz zum Vertrag stellt die Verfügung die Form für die Verwirk-

---

für die Vorausleistung ein Beitrag oder ein Beitragsverhältnis mit der Maßgabe festgesetzt werden, daß die Festsetzung so lange gilt, bis der Beitrag oder das Beitragsverhältnis im Weg gütlicher Vereinbarung oder anderweiter Festsetzung geändert ist. — Mangels gütlicher Vereinbarung steht die Klage auf anderweite Festsetzung des Beitrags oder Beitragsverhältnisses beiden Teilen zu . . . .“

[80] Reichsversicherungsordnung § 1666. S. auch Piloty, Unfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900, 3. Aufl., S. 232, 354.

[81] Ob die sog. Expropriationsverträge öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind, ist bestritten. Die verschiedenen Meinungen erörtert Otto Fischer, Expropriationsverträge, Heidelberger juristische Dissertation, 1910.

[82] Vereinbarungen zwischen einer Gemeinde und dem Schullehrer über Gewährung einer Dienstwohnung: Soergel, I S. 433 Nr. 7.

[83] Urteil des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. vom 3. Aug. 1901 (Jahrb. des Kgl. Sächs.-Ob.-Verw.-Ger. I S. 128). OLG. Dresden 31. März 1910 (Fischers Ztsch. f. Praxis u. Gesetzgbg. d. Verwaltung Bd. 41, S. 211; Spruchs. 1912 d. DJZ. § 189).

lichung der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze dar. Weiterhin aber, und das ist der zweite Grund für die Vorherrschaft der Verfügung im öffentlichen Recht, ruht die Verfügung allein auf dem Willen des Verfügenden. Von ihm kann sie daher jederzeit zurückgenommen werden. Dieses Moment macht sie der öffentlichen Verwaltung unentbehrlich. Der Vertrag verpflichtet die Vertragsparteien gegenseitig, den Vertragsinhalt zu erfüllen. Welche Veränderungen seit dem Abschluß des Vertrags mögen eingetreten sein, — der Schuldner muß halten, was er einst unter ganz andern Umständen versprochen hat, auch wenn die Erfüllung des Vertrags seinem Interesse direkt zuwiderläuft und seine ganze Existenz gefährdet. Derartigen Folgen kann der Staat seine obersten Interessen nicht preisgeben.

§ 13. Der Verwaltungszwang.[1]

I. Jeder obrigkeitliche Befehl auferlegt dem Untertan eine öffentliche Pflicht. Als obrigkeitlich bezeichnen wir ihn darum, weil er mit Herrschermacht erlassen ist. In dieser aber ist die Befugnis enthalten, den Untertan zur Befolgung des Befehls zu zwingen. Zwei Wege stehen offen zur Erreichung dieses Ziels: die Verhängung von öffentlicher Strafe wegen Nichtbefolgung des Befehls und die Vollstreckung des Befehls mit besonderen öffentlichrechtlichen Zwangsmitteln.

Keines Beweises bedarf es, daß der psychologische Zwang, der in der Strafandrohung liegt, ein taugliches Mittel auch zur Vollstreckung von Verwaltungsbefehlen darstellt. In umfassen-

---

[1] Edgar Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 250. Otto Mayer, Bd. I, §§ 23, 32. Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts[4] § 12, S. 67. Anschütz, Das Recht des Verwaltungszwangs in Preußen (Verwaltungsarchiv I, S. 389). Thoma, Polizeibefehl im Badischen Recht, Bd. I, S. 89ff. v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht II S. 346. Parey, Rechtsgrundsätze des Preuß. Ob.-Verw.-Ger., 4. Aufl. 1905, Bd. II S. 905. Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, herausg. von Stengel, Art. „Verwaltungszwangsverfahren" (Georg Meyer) II S. 800. Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Verwaltungszwangsverfahren", Bd. II[2] S. 871. Kormann, Grundzüge (Annalen d. Deutschen Reichs 1912, S. 218). Buch, Das nichtcodifizirte Verwaltungszwangsrecht in Preußen (Archiv d. öff. R. XXXI 326ff., insbes. 362ff.).

der Weise bedient sich dieses Mittels das französische Recht. Das französische Strafgesetzbuch kennt ein allgemeines Delikt „Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen".[2] Von einem solchen allgemeinen Ungehorsamsdelikt weiß jedoch die Gesetzgebung Deutschlands nichts. Wohl hat das Reichsrecht in den Vorschriften des Reichsstrafgesetzbuchs über den Widerstand gegen die Staatsgewalt und über die Übertretungen (zweiter Teil, Abschnitte 6 und 29) die Auflehnung gegen bestimmte Arten staatlicher Befehle und die Nichtbeachtung gewisser polizeilicher Gebote und Verbote unter Strafe gestellt, und die Landesgesetzgebung hat in ihrem Kompetenzbereich[3] dasselbe getan durch die Normierung bestimmter Polizeidelikte,[4] Finanzdelikte usw. Stets aber hat der Strafgesetzgeber die Tatbestände genau abgegrenzt und dabei einen großen Teil amtlicher Verfügungen unbewehrt gelassen. Schon aus diesem Grunde kann in Deutschland die Strafe nicht die Funktion eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Zwangsmittels erfüllen. Die Reichsstrafprozeßordnung, §§ 453 und 459, gestattet zwar der Landesgesetzgebung, die Ahndung der sog. Polizeidelikte und Finanzdelikte in bestimmtem Umfang den Verwaltungsbehörden zu übertragen.[4a] Aber damit wird diesen Behörden keine verwaltungsrechtliche Zwangsgewalt in die Hand gegeben, sondern die Ausübung richterlicher Funktionen zugewiesen. Ihre Entscheidungen sind richterliche Urteile,[5] die auf

[2] Code pénal, art. 471: „Seront punis d'amende depuis un franc jusqu'à cinq francs inclusivement ... 15°: Ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale ....."

[3] EG. zum Reichsstrafgesetzbuch § 2.

[4] Über die Polizeistrafgesetzbücher s. oben S. 77 ff.

[4a] Rasch im Preuß. Verw. Bl. XXXIV 41.

[5] Reichsgericht in Strafsachen vom 19. Februar 1901 und 20/27. Juli 1903 (Reger, XXI 445 und XXIV, S. 388: auch bei derartigen Entscheidungen gilt der Grundsatz des „ne bis in idem"). Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 342. Besteht ein Verfolgungszwang? Ja; Barth in Fischers Ztsch. f. Presse u. Gesetzg. d. Verw. Bd. 41, S. 314. Lubowski im Preuß. Verw. Bl. XXXIII 709. Andrer Ansicht die bei Reger, XXI, S. 417 und XXII, S. 426 mitgeteilten Erlasse, welche in den betr. Entscheidungen der Verwaltungsbehörden zurücknehmbare Verwaltungsakte erblicken.

Sühne und nicht auf Zwang abzielen; für sie sind die allgemeinen Lehren des Strafrechtes über Verschuldung, Rechtsirrtum usf. in gleicher Weise maßgebend wie für die Urteile, die kriminelles Unrecht ahnden.[6] Es gibt kein besonderes, auf die Bedürfnisse der Verwaltung zugeschnittenes Verwaltungsstrafrecht[7] Zwang und Strafe gehen ihre eigenen Wege, und es ist vom gesetzgebungspolitischen Standpunkt aus verfehlt, die Verletzung sekundärer Verwaltungsinteressen zu Delikten zu stempeln und zur Strafe zu greifen dort, wo der einfache Zwang ausreicht. Zwang, nicht Strafe muß die Losung des Verwaltungsrechtes sein.

Nur der Verwaltungszwang im engern Sinn, die öffentlichrechtliche Zwangsvollstreckung (Verwaltungsexekution) soll uns in den folgenden Erörterungen beschäftigen. Es gibt eine executio ad faciendum vel omittendum und eine executio ad solvendum. Gezwungen werden kann nur der Gewaltunterworfene, der Untertan. Soweit der Staat Privatrechtssubjekt

---

[6] Man beachte, zu welchen gekünstelten Konstruktionen („Formaldelikte") die Theorie, die dies leugnet, greifen muß, um bei der Behandlung der Polizei- und Finanzdelikte eine Berücksichtigung des Irrtums auszuschalten, und welche Umwege sie andrerseits einzuschlagen genötigt ist, um zu der Lösung zu kommen, daß auch die fahrlässige Begehung eines Polizei- oder Finanzdelikts den Täter strafbar mache. Vgl. die Zusammenstellung der Literatur u. Judikatur bei Frank, Strafgesetzbuch[10] S. 599. v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts[19] S. 166. Die richtige Ansicht bei Binding, Normen I (2. Aufl.) S. 313, 322, 409; II 486 und Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1913, S. 104ff., 114ff.; Über den Irrtum bei Delikten 1913 (Gerichtsaal Bd. 81, S. 19ff.). Beling, Württembergische Strafgesetzgebung, 1903, S. 3ff., 8ff. Riss, Das Verschulden bei Steuerdelikten (Recht u. Wirtschaft Bd. II). E. Löbe, Das deutsche Zollstrafrecht,[4] 1913.

[7] Den Gedanken eines solchen Verwaltungsstrafrechts entwickelt das Buch von James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, und der Aufsatz desselben Verfassers: „Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre" (Festgabe der juristischen Gesellschaft Berlin für Richard Koch, 1903, S. 415). Goldschmidt konstruiert den Begriff eines besondern verwaltungsrechtlichen Unrechts. Als Verwaltungswidrigkeit erscheint ihm die Unterlassung der Unterstützung der auf das Staatswohl gerichteten Tätigkeit (s. insbesondere „Verwaltungsstrafrecht" S. 548 u. 566). F. Pollack, Das Finanzdelikt als Verwaltungsdelikt, Heidelberger Dissertation 1911. Weitere Literatur bei v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts[19] S. 122. Vgl. gegen Goldschmidt

ist,[8] ist auch gegen ihn ein Zwang zulässig.[9] Der Anwendung des Zwangs geht regelmäßig die Androhung des Zwangsmittels voraus.[10] Hat der Gesetzgeber zur Erzwingung von Verwaltungsbefehlen genau bezeichnete Zwangsmittel zur Verfügung gestellt, so darf die Behörde keine anderen zur Anwendung bringen.[11] Im übrigen gilt auch für das Zwangsverfahren der Grundsatz der sog. Verhältnismäßigkeit, d. h. die Verwaltungsbehörde darf kein stärkeres Zwangsmittel anwenden, als zur Erreichung des beabsichtigten Erfolges erforderlich ist. Jede Behörde vollstreckt

---

die kritischen Bemerkungen von Schultzenstein, im Verwaltungsarchiv Bd. XI, S. 149 und Thoma, Polizeibefehl im Badischen Recht, I S. 85 und Beling, Lehre vom Verbrechen 1906, S. 34.

[8] Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 28. Sept. 1892 (Entsch. Bd. 23, S. 369).

[9] Über die Vollstreckung von Ansprüchen gegen den Staat als Träger obrigkeitlicher Gewalt vgl. unten S. 218.

[10] G. Genève, Können Verwaltungsbehörden Arrest u. einstweilige Verfügungen erlassen? (Ja; Blätter f. administr. Praxis Bd. 61, S. 58ff.) Auch gegen die Verfügung, die das Zwangsmittel androht, gibt es Rechtsschutz. Auf alle Fälle kann der Betroffene zur Geltung bringen, das Zwangsmittel sei nach Art oder Höhe gesetzwidrig. Badisches Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 14. Juni 1884, § 4, Abs. 5, Ziff. 5. Dagegen kann der Betroffene die formell rechtskräftig gewordene Verfügung, welche erzwungen werden soll, nicht mehr anfechten. Wachler u. Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger., Bd. II S. 84 Nr. 3 d, und ebenso für das ältere preußische Recht: Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 16. Juni 1879 (Entsch. Bd. 5, S. 426). Nunmehr gilt aber für Preußen das Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883, § 133: „Gegen die Androhung eines Zwangsmittels finden dieselben Rechtsmittel statt, wie gegen die Anordnungen, um deren Durchsetzung es sich handelt. Die Rechtsmittel erstrecken sich zugleich auf diese Anordnungen, sofern dieselben nicht bereits Gegenstand eines besonderen Beschwerde- oder Verwaltungsstreitverfahrens geworden sind. — Gegen die Festsetzung und Ausführung eines Zwangsmittels findet in allen Fällen nur die Beschwerde im Aufsichtswege innerhalb zwei Wochen statt . . .“ Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 4. Nov. 1889 (Entsch. Bd. 18, S. 339); v. 22. Mai 1911 (Preuß. Verw. Bl. XXXIII 200).

[11] Unzulässig ist es z. B. einem um Entlassung aus der Staatsangehörigkeit nachsuchenden Deutschen die Entlassungsurkunde wegen Steuerrückständen zu verweigern; denn für die Eintreibung von Steuern hat das Gesetz besondere Zwangsmittel ausgebildet. Reger VIII 277, IX 352; XX 237; Erg.-Bd. II S. 110. Entscheidungen des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. Bd. 15, S. 405. Soergel I S. 4, Nr. 2.

im allgemeinen die von ihr erlassenen Verfügungen selbst.[12] Zu diesem Behufe kann sie die Mitwirkung besonderer Exekutivorgane (Gendarmen, Schutzmannschaft usw.) in Anspruch nehmen.[12a] Reicht deren Kraft nicht aus, so ist die Behörde befugt, im äußersten Falle militärische Hilfe zu verlangen.[13]

Welche Zwangsmittel stehen aber den Behörden zu Gebote? Da jeder obrigkeitliche Befehl von Haus aus mit Zwangsgewalt ausgestattet ist,[14] so bedarf die Behörde zur zwangsweisen Vollstreckung ihrer Verfügungen nur insoweit einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung, als sie zur Erzwingung der geschuldeten Leistung mehr oder anderes anordnet, als in dem ursprünglichen Befehle enthalten ist.

Die Zahl der Zwangsmittel ist auf folgende Arten beschränkt:

---

[12] Dies trifft insbesondere zu für Preußen und Württemberg. In Baden sind die Polizeibehörden subsidiäre Vollstreckungsorgane für alle Verwaltungszweige, nicht etwa nur für die innere Verwaltung. Thoma, Polizeibefehl I S. 33ff.

[12a] Fleischmann, Art. „Gendarmerie" im WB d. VerwR² II 178, 946.

[13] Wilfling, Der administrative Waffengebrauch der öffentlichen Wachorgane und des Heeres, 1909. Harry von Reinhardt, Der Waffengebrauch als Mittel staatlichen Verwaltungszwangs nach deutschem Verwaltungsrecht, Heidelberger Dissertation, 1910, und die in diesen beiden Arbeiten zitierte Literatur. Walz, Badisches Staatsrecht S. 305. Thoma, Polizeibefehl, Bd. I S. 97 Anm. 23. Über das neueste Recht für das Kgr. Sachsen: Kormann im Jahrb. d. öff. R. VII 178. Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts,⁴ S. 64 ff. Anschütz, Verfassungsurkunde für den Preuß. Staat I S. 563ff. Über den Waffengebrauch der Polizeibeamten bei den Moabiter Unruhen (1910) und die in deren Folge erlassene Verfügung des Berliner Polizeipräsidiums vom 20. Juni 1911 s. Preuß. OVG 18. Oktober 1912 (Preuß. VerwBl. XXXIV 221); Friedrichs in der DJZ. XVI 1537.

[14] Da das Reichsimpfgesetz v. 8. April 1874 § 4 den Impfzwang einführt, so ist die zuständige Polizeibehörde befugt, zwangsweise Vorführung der Kinder zur Impfung anzuordnen, trotzdem das Reichsgesetz dies nicht ausdrücklich gestattet. Preuß. Ob.-Verw.-Ger. v. 24. September 1909, 18. Juni 1912, (Preuß. Verw. Bl. XXII 346; Entscheidungen Bd. 61, S. 223) und ferner die Angaben zu § 4 des Impfgesetzes in Stengleins Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs, 4. Aufl., S. 619 (Galli). Reger XXXI 73, 377. Sollbrig, Art. „Impfung" im WB d. VerwR² II 425. G. Meyer-Dochow, Lehrbuch d. Verwaltungsrechts⁴ § 42.

1. Die Ungehorsams-(Exekutiv-, Vollstreckungs-, Zwangs-) strafe.[15] Der Behörde ist das Recht eingeräumt, von sich aus und ohne Mitwirkung der Gerichte,[16] den widerstrebenden Willen des Leistungspflichtigen durch Zufügung von Rechtsnachteilen (Geldbuße, Haft) zu brechen.[17] Die Ungehorsamsstrafe ist ein indirektes Zwangsmittel. Sie dient dazu, Handlungen wie Unterlassungen[18] des Verpflichteten zu erzwingen. Nach dem soeben dargelegten Grundsatz bedarf die Behörde, um dieses Mittel anwenden zu können, einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Diese haben die Landesgesetze regelmäßig in einer Bestimmung allgemeinen Inhalts erteilt;[19] auch das Reichsrecht hat bei der

[15] Aus der reichen Literatur: Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 328. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 103. Martin Isaac, Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XXI, 1901, S. 625). Thoma, Polizeibefehl, Bd. I, S. 92, 302ff. Hofacker, Verhältnis der Exekutiv-(Ungehorsams-, Zwangs) Strafen zu den Kriminal- (allgemeinen) Strafen nach dem geltenden Rechte (Verwaltungsarchiv Bd. XIV, S. 447, daselbst auch die weitere Literatur); s. ferner ein Aufsatz desselben Verfassers über die rechtliche Natur der württembergischen Ungehorsamsstrafe in Boschers Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg, 1906, S. 340, 371; 1907, S. 19. Stein, Justiz und Verwaltung S. 46ff.

[16] Einen besonderen Standpunkt nimmt ein das Hessische Gesetz, betr. die innere Verwaltung vom 12. Juni 1874, Art. 80, Abs. 6: „Die angedrohte Geldstrafe ist von dem Gericht auf Antrag des Kreisrats auszusprechen, wenn die zureichende Eröffnung des Polizeibefehls an die zur Bestrafung angezeigte Person und die Übertretung des Polizeibefehls durch dieselbe erwiesen ist." Thoma, Polizeibefehl, I S. 262, 307.

[17] Über den Zwang gegen juristische Personen und Handlungsunfähige s. oben S. 153. Vgl. auch Isaac, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft XXI S. 648.

[18] Neukamp, Die polizeilichen Verfügungen zur Verhütung strafbarer Handlungen oder Unterlassungen und deren Durchführung nach preußischem Recht (Verwaltungsarchiv, Bd. III, S. 1ff.). Entsch. des preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 19. Januar 1901 (Reger XXI, S. 351).

[19] Vgl. z. B. Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 132; Bayr. Polizeistrafgesetzbuch vom 26. Dez. 1871, Art. 21. Badisches Polizeistrafgesetzbuch von 1863, § 31. Württembg. Polizeistrafverfügungsgesetz vom 12. Aug. 1879/4. Juli 1888, Art. 2. Besonders polizeistaatlich gefaßt ist das Kgl. Sächs. sog. A-Gesetz v. 28. Januar 1835, über Kompetenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden, § 2; es ermächtigt die Verwaltungsbehörde, „innerhalb ihrer Kompetenz ihre

Regelung bestimmter Materien, namentlich finanzrechtlicher Natur, die Behörden zur Verhängung von Ungehorsamsstrafen in reichem Maße ermächtigt.[20] Da die „Ungehorsamsstrafe" keine Strafe[21] im Rechtssinn darstellt, so kann sie nach Ermessen der Behörde wegen desselben Tatbestandes beliebig wiederholt werden.[22] Der Grundsatz „ne bis in idem" gilt hier nicht. Die Höhe der angedrohten Strafe bemißt sich nicht nach dem Verschulden des Pflichtigen, sondern nach der Stärke des geleisteten Widerstandes. Ist der Widerstand gebrochen oder die geschuldete Leistung nicht mehr möglich, so ist kein Raum mehr für eine Ungehorsamsstrafe.[23] Der Betrag der Ungehorsams-(Geld-)Strafe

---

Verfügungen mit Nachdruck durchzuführen und zu dem Ende im allgemeinen (durch Verordnungen) oder in einzelnen Fällen sachgemäße Strafen anzudrohen und zu vollstrecken, mithin auch wegen solcher Strafen ingleichen wegen öffentlicher Abgaben und Leistungen gesetzliche Zwangsmittel anzuwenden . . ."

[20] Vgl. z. B. die Reichssteuergesetze vom 15. Juli 1909: Zigarettensteuergesetz § 22, Brausteuergesetz § 50, Branntweinsteuergesetz § 134, Schaumweinsteuergesetz § 21, Leuchtmittelsteuergesetz § 30, Zündwarensteuergesetz § 34. Weder Reichs- noch Landesgesetz bedienen sich jedoch einer feststehenden Redeweise. Neben den Ausdrücken Ungehorsams-, Zwangsstrafe erscheint häufig die Bezeichnung Ordnungsstrafe. Dies ist bisweilen irreführend, weil der Reichsgesetzgeber darunter nicht selten eine kriminelle Strafe versteht. Vgl. z. B. Zigarettensteuergesetz vom 15. Juli 1909, § 20, 22. Krakenberger, Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe (strafrechtl. Abhandlungen, Breslau 1912, Heft 156).

[21] Das ist für die Landesgesetzgebung deshalb wichtig, weil sie bei der Ausgestaltung der Ungehorsamsstrafe durch keine reichsrechtliche Schranke beengt ist, insbesondere nicht durch den der Landesgesetzgebung vom EG. zum RStGB. § 5 gezogenen Strafrahmen.

[22] Vgl. z. B.: Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vom 17. Mai 1898, § 133. — Sowohl zur Erzwingung einer Handlung, als auch zu der einer Unterlassung kann jedoch eine Ungehorsamsstrafe bloß für jeden Fall, nicht für jeden Tag des Zuwiderhandelns angedroht werden. Entsch. des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 19. Januar 1901 (Reger XXI S. 351).

[23] Entsch. des Badischen Verw.-Ger.-H. vom 23. Januar 1900 (Reger, Erg.-Bd. II S. 170): Der Pferdeeigentümer stellt trotz Androhung von Ungehorsamsstrafe sein Pferd nicht zur militärischen Vorspannleistung. Die Behörde requiriert ein anderes Fuhrwerk. Hinterher will sie den Betrag der Ungehorsamsstrafe gegen den Pferdebesitzer eintreiben. Dies erklärt der Verw.-Ger.-H. mit Recht für unzulässig, denn die geschuldete Leistung ist nicht mehr möglich.

wird bei dem Pflichtigen eingetrieben, wie eine öffentliche Abgabe.[24] Die Behörde kann, sofern es ihr das Gesetz nicht ausdrücklich verbietet, Ungehorsamsstrafen verhängen, auch wenn wegen desselben Tatbestandes strafrechtliche Ahndung einzutreten hat.[25] Strafe und Zwang verfolgen getrennte Zwecke.

---

[24] Vgl. z. B. Branntweinsteuergesetz, § 134: „. . . . Die Einziehung der hierdurch erwachsenen Auslagen und der Geldstrafen erfolgt nach den Vorschriften über das Verfahren für die Beitreibung der Zölle und mit dem Vorzugsrechte der letzteren."

[25] Eine gleichzeitige Verwendung der kriminellen Strafe und der Ungehorsamsstrafe schließt aus das Bayr. Polizeistrafgesetzbuch vom 26. Dezember 1871, Art. 21, Abs. 1: „Die Behörden der inneren Verwaltung sind befugt, Verfügungen, die sie innerhalb ihrer Zuständigkeit zum Vollzuge von Gesetzen, deren Übertretung nicht mit Strafe bedroht ist, an bestimmte Personen erlassen und diesen eröffnet haben, durch Anwendung gesetzlicher Zwangsmittel zur Ausführung zu bringen." Bad. Polizeistrafgesetzbuch vom 31. Oktober 1863, § 31: „Ebenso bleibt den mit Polizeigewalt betrauten Verwaltungsbehörden die Befugnis aufrecht erhalten, die Erfüllung solcher Verbindlichkeiten des öffentlichen Rechts, für deren zwangsweisen Vollzug ein besonderes Verfahren nicht vorgeschrieben ist, auch durch Androhung und Ausspruch von Geldstrafen gegen bestimmte Personen zu erzwingen . . . ." Die herrschende Ansicht erblickt in dieser Lösung die gemeine Meinung der deutschen Gesetzgebung und bringt sie demgemäß zur Anwendung auch dort, wo der Gesetzgeber sich über das Verhältnis von Exekutiv- und Kriminalstrafe ausgeschwiegen hat. Sie begründet ihre Behauptung damit, das Strafgesetz habe sich in den Fällen, in denen es eine Strafe androhe, endgültig des betreffenden Tatbestandes bemächtigt und ihn der weitern Kompetenz der Verwaltungsbehörden entzogen. Dies entspreche der Billigkeit, denn der Untertan dürfe nicht wegen derselben Auflehnung einen zwiefachen Rechtsnachteil erleiden. Parey, Rechtsgrundsätze des Preußischen Oberverwaltungsgerichts II S. 911 Nr. 24. Reger, XXIII S. 70 (Sächs. Praxis). H. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen S. 103ff. Otto Mayer, I S. 334. Thoma, Polizeibefehl, I S. 261, 302. Walz, Badisches Staatsrecht, S. 303, Anm. 4. Die gemeine Meinung übersieht jedoch, daß jedes der beiden Institute, Strafe und Zwang, seine besonderen Aufgaben erfüllt. Entzieht man in den genannten Fällen den Verwaltungsbehörden die Befugnis zur Auferlegung von Ungehorsamsstrafen, so windet man ihnen ihre wirksamste Waffe aus der Hand. Solange es noch keine Verwaltungsgerichte gab, war diese Konsumtion der Ungehorsamsstrafe durch die Kriminalstrafe gerechtfertigt, weil dadurch die Verwaltungsstreitsache vor den Strafrichter gelangte und dadurch einem Rechtsschutzbedürfnis genügt wurde. Heute ist dies anders. Gegen die herrschende Meinung wendet sich mit großer Schärfe Hofacker in den oben (S. 209 Anm. 15)

2. Die Ersatzvornahme. Der Behörde liegt bei Widerstand des Pflichtigen am nächsten, die anbefohlene Leistung selbst auszuführen oder durch einen Dritten ausführen zu lassen und zwar auf Kosten des Pflichtigen.[26] Bei dieser sog. Ersatzvornahme führt somit die Behörde ihre Anordnung mit eigenem, unmittelbarem Zwang durch. Sie auferlegt dem Pflichtigen nichts, was nicht schon in ihrer ursprünglichen Anordnung enthalten wäre; sie bedarf daher zur Anwendung dieses Mittels keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Greift in einem gegebenen Fall die Behörde zur Ersatzvornahme, so ist sie auch ohne weiteres befugt, zu deren Durchführung Wohnung und Eigentum des Pflichtigen zu betreten. Der für die Ersatz-

---

angeführten Schriften. Das Preuß. Oberverwaltungsgericht, bisher eine Stütze für die herrschende Meinung, ist in neuerer Zeit schwankend geworden. Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts 7. Mai 1908 (Entscheidungen Bd. 52, S. 310); s. auch das Urt. v. 4. Oktober 1912 (Soergel V 17) und v. 4. Juli 1911 (Reger XXXII 549). — Die Reichssteuergesetze v. 15. Juli 1909 ermächtigen die Steuerbehörden, „unbeschadet der verwirkten Ordnungsstrafen" die Beobachtung ihrer Anordnungen durch Androhung und Einziehung von Geldstrafen (= Exekutivstrafen) zu erzwingen. Tabaksteuergesetz, § 49, Brausteuergesetz, § 50, Branntweinsteuergesetz, § 134, Zigarettensteuergesetz, § 22 usw.

[26] Beispiele: Reparatur eines baufälligen Erkers, Trottoirreinigung, Bestreuen des Trottoirs bei Winterglätte, Entfernung eines Wracks aus einem öffentlichen Fluß (Rechtsprechung des Badischen Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 414). Beseitigung eines Schildes mit polizeiwidriger Aufschrift (DJZ. XVII 165) usf. Wenn Gefahr im Verzug liegt (wenn z. B. der Einsturz eines Gebäudes unmittelbar bevorsteht), so darf die Behörde zur Ersatzvornahme schreiten, ohne zuvor den Pflichtigen zu eigner Ausführung anzuhalten. Preußisches Oberverwaltungsgericht 26. Januar 1910 (Preuß. Verw.-Bl. XXXII 119). Die Reichssteuergesetze vom 15. Juli 1909 nehmen Ersatzvornahme u. A. in Aussicht in den Fällen, in denen der Abgabepflichtige eine im Interesse der Steuerverwaltung verlangte Kontrollvorrichtung (verschlossene Gefäße, Waagen usw.) in seinem Gewerbebetrieb nicht angebracht hat. So sagt das Brausteuergesetz in § 50, die Steuerbehörde könne, „wenn eine vorgeschriebene Einrichtung nicht getroffen wird, diese auf Kosten der Pflichtigen herstellen lassen. Die Einziehung der hierdurch erwachsenen Auslagen erfolgt in dem Verfahren für die Beitreibung von Zollgefällen und mit dem Vorzugsrechte der letzteren." Das Tabaksteuergesetz, § 49, sieht eine Ersatzvornahme durch die Behörde auch in den Fällen vor, in denen die Pflichtigen die steuergesetzlichen Vorschriften über den Tabakbau (§ 32) nicht befolgen.

vornahme aufgewendete Betrag stellt eine selbständige, öffentlichrechtliche Schuld des Pflichtigen dar, die bei ihm zwangsweise eingetrieben wird. Die Ersatzvornahme ist nur möglich, wenn eine von dem Pflichtigen geschuldete Handlung gerade so gut durch einen Dritten ausgeführt werden kann,[27] wie durch den Pflichtigen selbst. Sie versagt somit bei der Erzwingung aller höchst persönlichen Handlungen (Erteilung von Auskunft, Leistung einer Unterschrift u. dgl).

3. Der unmittelbare Zwang gegen Vermögen und Person: Die Geldbeträge, die der Pflichtige kraft öffentlichen Rechtes dem Staat oder einer anderen Korporation schuldet (Steuern, Gebühren, Beiträge, Kosten für Ersatzvornahme, Ungehorsamsstrafe usf.), werden bei Säumnis zwangsweise eingetrieben (Zwangsbeitreibungsverfahren). Es findet eine Zwangsvollstreckung in sein Vermögen statt. Die deutschen Staaten haben zu diesem Behufe entweder ein besonderes Verwaltungszwangsverfahren ausgebildet oder aber die Vorschriften der Zivilprozeßordnung §§ 803ff. über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen auch für die Vollstreckung öffentlichrechtlicher Ansprüche als maßgebend erklärt.[28]

---

[27] Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 132, Ziff. 1: „Die Behörde hat, sofern es tunlich ist, die zu erzwingende Handlung durch einen dritten ausführen zu lassen und den vorläufig zu bestimmenden Kostenbetrag im Zwangswege von den Verpflichteten einzuziehen."

[28] Preuß. Verordnung, betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, vom 15. Nov. 1899/18. März 1904 und dazu Georg Kautz, Das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen. 4. Aufl., 1911. A. Düffer, Das Verwaltungszwangsverfahren, 1912. Württembergisches Gesetz über die Zwangsvollstreckung wegen öffentlichrechtlicher Ansprüche, vom 18. Aug. 1879. K. Sächs. Gesetz über die Zwangsvollstreckung wegen Geldleistungen in Verwaltungssachen, vom 18. Juli 1902. Badisches Gesetz die Zwangsvollstreckung wegen öffentlichrechtlicher Geldforderungen betreffend vom 12. April 1899. Vgl. andrerseits Bayrisches Ausf.-G. z. ZPO., Art. 7. Durch Zwangsbeitreibung werden auch die Beiträge der Arbeiterversicherung eingetrieben. Reichversicherungsordnung § 28. Richard Schmidt, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., S. 893. Otto Mayer, I S. 474. F. Stein, Justiz und Verwaltung S. 56, 64ff. — Die Behörden der verschiedenen Bundesstaaten haben einander bei Einziehung von öffentlichen Abgaben und Vermögensstrafen Beistand zu leisten. Reichsgesetz über den Beistand bei Einziehung von Abgaben und Vollstreckung von Vermögensstrafen, vom 9. Juni 1895.

Soweit dagegen ein besonderes Verfahren zur Vollstreckung der Verfügungen öffentlicher Behörden nicht besteht und Ersatzvornahme oder Ungehorsamsstrafe unanwendbar sind oder nicht zum Ziele führen, ist die Behörde auch hier vermöge ihrer Amtsgewalt ein für allemal ermächtigt, ihre Anordnungen direkt mit physischer Gewalt, d. h. mit unmittelbarem Zwang durchzusetzen. Sie hat in jedem einzelnen Falle nach pflichtgemäßem Ermessen ihre Maßnahmen zu treffen und sich dabei auf das unbedingt Gebotene zu beschränken.[29] Es soll nicht verkannt werden, daß es gerade hier schwer hält, die Grenzen zu ziehen. Der physische Zwang darf im normalen Lauf der Dinge nur ultima ratio sein.[30] Ist aber Gewaltanwendung einmal zulässig, so kann sie sich gegen Vermögen, wie Person des Pflichtigen richten. Unmittelbare Gewaltanwendung gegen das Vermögen liegt z. B. vor bei polizeilicher Schließung eines nicht genehmigten Gewerbebetriebes, bei polizeilicher Einstellung eines nicht genehmigten Hausbaus, bei Beschlagnahme von Wirtschaftsinventar zur Verhinderung eines nicht genehmigten Wirtschaftsbetriebs usf.[31] Besondere Schwierigkeiten bereitet die Frage, unter welchen Umständen die öffentliche

---

[29] v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, III S. 5/6. Otto Mayer, I S. 340. Thoma, Polizeibefehl, I S. 90. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 111.

[30] Preuß. Landesverwaltungsgesetz § 132, Ziff. 3: „Unmittelbarer Zwang darf nur angewendet werden, wenn die Anordnung ohne einen solchen unausführbar ist."

[31] Reichsgewerbeordnung § 147, Abs. 3, ermächtigt, wenn eine gewerbliche Anlage ohne Genehmigung errichtet wird oder die Bedingungen der „Gewerbekonzession" nicht eingehalten werden, die Polizeibehörde ausdrücklich, „die Wegschaffung der Anlage oder die Herstellung des den Bedingungen entsprechenden Zustandes derselben anzuordnen". Landmann, Kommentar zur GewO. II[6] S. 781. Ein interessantes Urteil des preuß. Kammergerichts vom 19. April 1907 (Reger, XXVIII S. 7): Ein Wirt eröffnet eine Schankwirtschaft ohne polizeiliche Erlaubnis, die Polizei verhindert den weiteren Betrieb durch Beschlagnahme der Trinkgläser, einschließlich der im Eigentum der Gäste stehenden Stammkrüge. Das Kammergericht hat dies mit Recht für zulässig erklärt. — Polizeiliche Schließung gewerblicher Anlagen ist zulässig, um den Pflichtigen zur Einhaltung der Genehmigung zu zwingen. Entsch. des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 20. Juli 1907, 23. März 1911 (Reger, XXVIII 8; Entscheidungen Bd. 59, S. 365). Über polizeiliche Einstellung von Bauten: F. J. Roth, Badische Landesbauordnung S. 263.

Behörde zur Erzwingung einer Leistung Hand an die Person legen darf.[32] Man hat davon auszugehen, daß Gewalt gegen die Person des Widerspenstigen in allen Fällen als zulässig erscheint, in denen die Erfüllung der anbefohlenen Leistung durch kein anderes Mittel herbeigeführt werden kann.[33] Daher ist eine zwangsweise Vorführung des Gestellungspflichtigen zur Musterung nicht nur erlaubt, sondern geboten,[34] und ebenso ist eine zwangsweise Vorführung von Kindern zur Impfung zulässig.[35] In gleicher Weise darf auch der Private zur Erteilung von Auskunft oder zur Erstattung eines Zeugnisses der Behörde zwangsweise zugeführt werden,[36] sofern für ihn im gegebenen Falle eine rechtsgültige Auskunftspflicht besteht.[37]

---

[32] Hermann Seuffert, Art. „Verhaftung und verwandte Maßnahmen" in Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Bd. II, S. 671. Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Freiheit, persönliche", Bd. I² S. 629. Anschütz, Preuß. Verfassungsurkunde II S. 132ff.

[33] Unzulässig ist eine vorläufige Festnahme, welche dazu dienen soll, einen zu einer öffentlichrechtlichen Geldzahlung Verpflichteten im Staatsgebiet zurückzuhalten und ihn auf diese Weise zur Bezahlung zu zwingen. Unrichtig: Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 17. September 1892 (Reger, XIII S. 177).

[34] Reichswehrordnung, 28. September 1875/22. Nov. 1888, § 62, Ziff. 3, Abs. 3: „Ein Militärpflichtiger, welcher der Beorderung zur Musterung keine Folge leistet, kann durch Anwendung gesetzlicher Zwangsmaßregeln zur sofortigen Gestellung angehalten werden." Vgl. auch Seemannsordnung, vom 2. Juni 1902 § 33.

[35] Reichsimpfgesetz vom 8. April 1874. Entscheidungen des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 1. März 1895 und 24. September 1909 (Reger, XVI S. 202; XXXI S. 73). Vgl. dazu oben Anm. 14.

[36] Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 28. Okt. 1887 (Entsch. Bd. 15, S. 423). Urteile des Reichsgerichts in Strafsachen vom 19. März 1886 und 27. April 1891 (Reger VII S. 106 und XII S. 210). Andrer Meinung ist Otto Mayer, I S. 345. Er glaubt, die Handlung, auf die es ankomme, werde durch die Vorführung selbst doch nicht erzwungen. Das geht meines Erachtens zu weit. Denn es ist eine Frage für sich, welche Rechtsfolgen eine zur Auskunftserteilung verpflichtete Person treffen, wenn sie vor der Behörde die Auskunft verweigert. Eine allgemeine Vorschrift über die Auskunftsverweigerung (analog der Bestimmung über die Zeugnisverweigerung in der ZPO. § 383) gibt es im Verwaltungsrechte nicht.

[37] Weil eine zwangsweise Vorführung zulässig ist, so ist um so schärfer daran festzuhalten, daß vor der Gewaltanwendung genau zu prüfen ist, ob in casu eine Auskunftspflicht besteht. Sie ist nur in den vom Gesetz

Nicht die ultima ratio, sondern das einzig mögliche Mittel bildet die unmittelbare Gewaltanwendung in den Fällen, in denen allein durch sofortigen Zwang das gefährdete öffentliche Interesse geschützt werden kann. So ist die Behörde ohne weiteres befugt, einen Velofahrer, der nach Eintritt der Dunkelheit ohne Laterne fährt, anzuhalten und an der Weiterfahrt zu verhindern; verbotene Abzeichen (rote Fahnen usf.) zu entfernen; eine nicht genehmigte Versammlung oder eine Versammlung, in der zu Verbrechen aufgefordert wird, aufzulösen (Reichs-Vereins-Gesetz § 14); eine Tanzlustbarkeit, die verbotswidrig über die Polizeistunde hinaus andauert, zu schließen;[38] eine Hebamme, bei welcher plötzlich eine Geisteskrankheit ausgebrochen ist, trotz ihrer Prüfungszeugnisse an der Ausübung ihres Berufs zu hindern;[39] einen Privaten, der in einem feuergefährlichen öffentlichen Lokal raucht, hinauszuweisen u. a. m.[40] Zu den Mitteln des sofortigen Zwanges gehört auch die vorläufige Verwahrung einer Person, welche die nächtliche Ruhe stört.[40a] Die Gesetze bestimmen jedoch im Interesse der persönlichen Freiheit, daß eine derartige Haft

---

bestimmten Einzelfällen vorhanden. Mit der Prüfung dieser Frage nehmen es jedoch Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte häufig nicht allzu genau, namentlich dann nicht, wenn sie darüber zu befinden haben, ob und wie weit Frauenspersonen, die der gewerbsmäßigen Unzucht verdächtig sind, zur Auskunftserteilung „sistiert" werden dürfen („vorläufige Festnahme"). Vgl. über diese polizeiliche Sistierung die Urteile des Reichsgerichts in Strafsachen vom 23. März 1880 und vom 11. Januar 1881 (Reger, I S. 98 und IV S. 99).

[38] Urteile des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 24. Sept. 1888 und vom 9. März 1892 (Entsch. Bd. 18, S. 422 und Bd. 22, S. 410).

[39] Reger XXVII S. 349.

[40] Das Urteil des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 30. Januar 1886 (Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. Ob.-Verw.-Ger., Bd. IV S. 1182) erklärt es sogar für zulässig, daß in einem solchen Falle der Polizeibeamte dem Raucher, statt ihn wegzuweisen, die Zigarre mit Gewalt aus dem Munde nimmt. — Nach dem Reichsvereinsgesetz, § 11, darf in einer öffentlichen Versammlung niemand bewaffnet erscheinen. Wird das Verbot übertreten, so ist die Polizeibehörde nicht befugt, dem bewaffnet Erschienenen die Waffen wegzunehmen, sie hat aber das Recht (§ 14, Ziff. 4), die Versammlung für aufgelöst zu erklären. Stier-Somlo, Reichsvereinsgesetz S. 162 u. 197.

[40a] Soergel V 29.

nicht über eine bestimmte Zeitdauer hinaus ausgedehnt werden darf.[41]

Ebenso gibt es Notlagen, denen die Verwaltungsbehörden nur durch Entfaltung sofortigen Zwanges Herr zu werden vermögen.[42] Derartige Situationen bilden das verwaltungsrechtliche Seitenstück zu den strafrechtlichen Zuständen der Notwehr und des Notstandes. So besitzen die Polizeibehörden ausgedehnte Kompetenzen zur Verhinderung strafbarer Handlungen.[43] Hierher zu zählen ist ferner die Befugnis der Verwaltungsbehörden, für den ungestörten Betrieb ihrer eigenen Tätigkeit zu sorgen: die Behörde darf Lärm, der von außen her ihre Beratungen stört, sofort zwangsweise unterdrücken; die Heeresverwaltung darf im Interesse der militärischen Übungen Straßen und Gelände absperren usw.[44] Endlich aber ist die zuständige Behörde bei Feuer- und Wassergefahr zur sofortigen Durchführung der von ihr für nötig erachteten Zwangsmaßregeln ermächtigt; sie ist z. B. befugt, ohne weiteres Privatgrundstücke in Anspruch zu nehmen und Häuser oder Dämme niederreißen

[41] Preuß. Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit, vom 12. Februar 1850, § 6: „Die im § 3 genannten Behörden, Beamten und Wachmannschaften sind befugt, Personen in polizeiliche Verwahrung zu nehmen, wenn der eigene Schutz dieser Personen oder die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sittlichkeit, Sicherheit und Ruhe diese Maßregel dringend erfordern. Die polizeilich in Verwahrung genommenen Personen müssen jedoch spätestens im Laufe des folgenden Tages in Freiheit gesetzt oder es muß in dieser Zeit das Erforderliche veranlaßt werden, um sie der zuständigen Behörde zu überweisen." Badisches Polizeistrafgesetzbuch § 30, Abs. 3: „Persönlicher Zwang kann nur angewendet werden, wenn die zu treffenden Maßregeln ohne solchen undurchführbar sind; ein Gewahrsam darf in solchem Falle die Dauer von 48 Stunden nicht übersteigen." G. Meyer-Dochow, Lehrbuch d. Deutschen Verwaltungsrechts[4] S. 143.

[42] v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, III S. 5; vor allem aber Otto Mayer, I § 24. Schultzenstein. Nothandlungen im Verwaltungsrechte (Verwaltungsarchiv XVI 123). Wolzendorff, Staatsnotrecht (Archiv d. öffentl. Rechts XXVII 220).

[43] Zu dem genannten Zwecke sind zulässig: polizeiliche Verwahrung innerhalb der oben genannten Grenzen und anderer Zwang gegen die Person (Wegnahme eines Revolvers u. dgl.). Urt. des Reichsgerichts in Strafsachen vom 4. Okt. 1906 (Entsch. Bd. 27, S. 482). Vgl. auch Kammergericht 23. September 1912 (DJZ XVIII 237). F. Kitzinger, Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt, 1913, S. 158ff.

[44] Vgl. darüber unten in § 18 die Lehre von der Anstaltspolizei.

zu lassen, sofern dadurch weiterer Schaden verhütet werden kann. Diese tiefen Eingriffe in das Privateigentum werden lediglich durch allgemeine polizeiliche Kompetenzen der Behörden gerechtfertigt.

II. In welcher Weise werden aber Ansprüche durchgesetzt, die dem Untertan gegen eine Verwaltungsbehörde zustehen oder die eine Verwaltungsbehörde im Interesse ihres Dienstzweiges gegen eine andere erhebt? Von Verwaltungszwang i. e. S. kann hier keine Rede sein. Denn wer Verwaltungszwang ausüben will, muß Befehlsgewalt über den Verpflichteten besitzen. Wenn daher eine Behörde im Interesse ihres Dienstzweiges versucht, eine andere Behörde an der undurchbrochenen Durchführung ihrer Verwaltungsaufgaben zu hindern, so liegt in Wahrheit eine Kollision gleichberechtigter öffentlicher Interessen und ein Konflikt über die Grenzen zweier Verwaltungszweige vor. Ein solcher Streit ist aber von den obersten Staatsorganen zu schlichten.[45]

Einer besonderen Regelung bedarf deshalb nur das Verfahren zur zwangsweisen Befriedigung der öffentlichrechtlichen Ansprüche, welche den Untertanen gegen die öffentliche Verwaltung zustehen. Die Verwaltung steht unter dem Gesetz. Infolgedessen sind ihre Organe verpflichtet, jeden rechtgemäßen Anspruch zu befriedigen, den der Bürger gegen sie erhebt. Ist ein Anspruch des Bürgers auf dem Verwaltungswege für begründet erklärt worden, so muß ihm ohne weiteres Genüge geleistet werden. Kommt eine untere Instanz dieser Pflicht nicht nach, so kann sie von der vorgesetzten Behörde vermöge ihrer Aufsichtsgewalt dazu angehalten werden[46]. Ist der Anspruch durch rechtskräftiges Urteil eines Verwaltungsgerichtes anerkannt, so geht diese Pflicht der Behörden in ihrer allgemeineren Aufgabe

---

[45] Beispiel: Die Polizeibehörde erläßt an den zuständigen Truppenkommandanten eine Verfügung des Inhalts, dem Militär sei verboten, bei den Schießübungen die angrenzenden Grundstücke „mit Kugeln zu bewerfen." Eine solche Verfügung ist als von einer unzuständigen Behörde erlassen ungültig. Es liegt eine Kollision zwischen Polizeigewalt und Militärgewalt vor. Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 5. Mai 1877 (Entsch. Bd. 2, S. 399). Fleiner, Verwaltungsrechtsfälle Nr. 1.

[46] Vgl. zum folgenden Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Prozesse des Fiskus", Bd. II² S. 331.

auf, rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Entscheidungen zu vollstrecken.[47]

Die Eintreibung von Geldforderungen, die der Bürger gegen den Staat oder eine andere öffentliche Korporation kraft öffentlichen Rechtes besitzt, erfolgt in der Regel in demselben Verfahren, das für die Zwangsvollstreckung wegen privatrechtlicher Forderungen gegen den Staat ausgebildet worden ist.[48]

---

[47] Preuß. Landesverwaltungs-Ges. von 1883, § 60. Über Beschwerden wegen unvollständiger Vollstreckung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils befindet in einzelnen Staaten das Verwaltungsgericht selbst. Bad. Verw.-rechtspfl.Ges. von 1884, § 45. Bayr. Ges. über Errichtung eines Verw.-Ger.-H. von 1878, Art. 46 und dazu Reger-Dyroff, Bayr. Verw.-Ger.-Ges., 4. Aufl., S. 534ff. v. Seydel, Bayer. Staatsrecht I S. 246.

[48] Die Ausgestaltung dieses Verfahrens ist der Landesgesetzgebung vorbehalten geblieben (EG. zur ZPO. § 15 Ziff. 3). Stein, Justiz u. Verwaltung S. 69ff. Die Zwangsvollstreckung findet in den meisten Staaten nur nach vorgängiger Verständigung der Verwaltungsorgane und eventuell unter deren Mitwirkung statt. Über Preußen: Oppenhoff, Die Gesetze über die Ressortverhältnisse, 2. Aufl. 1904, S. 12. R. Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., I, 1899, S. 191ff. Entsch. d. Preuß. OVG. Bd. 23, S. 369. — Bayr. Ausf.-Ges. zur ZPO v. 1879, Art. 9. (v. Seydel, Bayer. Staatsrecht II S. 348.) Württ. Ausf.-Ges. zur ZPO. v. 1879/99, Art. 18. Meili, Schuldexekution und Konkurs gegen Gemeinden, 1880. Osswald, Rechtsverhältnisse an öffentl. Sachen, 1909, S. 39. Zwangsvollstreckung gegen den Reichsfiskus. Beschluß des Oberlandesgerichts Königsberg 11. November 1908 (Zeitschrift f. deutschen Zivilprozeß Bd. 39, S. 529). Reichsgericht in Zivilsachen Bd, 54, S. 198. Nach franz. Recht gibt es keine Zwangsvollstreckung gegen den Staat: L'Etat doit toujours être réputé „honnête homme" (Thiers). Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 2 éd. 1896, I p. 347.

Viertes Kapitel.

Der Rechtsschutz.

§ 14. Die Beschwerde.[1]

I. Alles Verwaltungsrecht wird zunächst durch die mit der Verwaltung betrauten Behörden verwirklicht. Auf diese Weise finden subjektive Rechte, wie Interessen der Bürger ihren Schutz. Die Behörden haben von Amteswegen das Recht anzuwenden, aber die Gesetze geben den Interessenten häufig Gelegenheit, für ihre Rechte und Interessen bei der Behörde einzutreten, bevor eine behördliche Anordnung ergeht.[2] Ist eine

[1] Otto Mayer, I § 12. K. Parey, Handbuch des preuß. Verwaltungsrechts, 1887, I S. 161ff. v. Seydel, Bayer. Staatsrecht, I S. 560. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 229. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 305ff. und Annalen des Deutschen Reichs 1912, S. 206ff. Stier-Somlo, Art. „Beschwerde" im WB d. VerwR² I 431 und dort zitierte Literatur. Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Beschwerde" I² S. 274.

[2] Beispiele: Das sog. Genehmigungsverfahren der Reichsgewerbeordnung, §§ 17ff., verfolgt den Zweck, den Interessenten Gelegenheit zu geben, „etwaige Einwendungen gegen die neue Anlage binnen 14 Tagen anzubringen". Landmann, Kommentar zur GewO. I⁶ S. 183ff. Nach dem Preuß. Ansiedelungsgesetz, vom 10. August 1904, § 15, können gegen das Gesuch um Ansiedelungsgenehmigung (d. h. Ansiedelung außerhalb einer im Zusammenhang gebauten Ortschaft) die Eigentümer oder andere Berechtigte eines benachbarten Grundstücks Einspruch erheben mit der Behauptung, die Ansiedlung gefährde „den Schutz der Nutzungen benachbarter Grundstücke aus der Land- oder Forstwirtschaft, aus dem Gartenbau, der Jagd oder Fischerei". Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, S. 171. Das Bad. Ortsstraßengesetz v. 15. Okt. 1908, § 3, Abs. 3, schreibt öffentliche Bekanntmachung eines Ortsbauplans (Ortsstraßenplan) vor, damit binnen einer bestimmten Frist Einwendungen gegen die beabsichtigte Anlage geltend gemacht werden können. Flad, Bad. Ortsstraßengesetz, S. 168ff.

Verfügung ergangen, durch die sich der Bürger in seinen Rechten oder Interessen verletzt glaubt, so stellt ihm die Rechtsordnung bestimmte Rechtsbehelfe zur Abwehr zur Verfügung.[3] Dieselben Rechtsbehelfe dienen aber dem Bürger auch dazu, sich gegen eine Untätigkeit der Behörde, ein Nichthandeln zu wehren.

Das nächstliegende Mittel wird für den Bürger stets die Gegenvorstellung (Remonstration) sein: Der Betroffene wendet sich an die Behörde, die die Verfügung erlassen hat und verlangt unter Darlegung von Gründen Zurücknahme oder Abänderung der ergangenen Verfügung. Die Behörde ist befugt, darauf einzutreten, weil ihre Verfügung nicht in materielle Rechtskraft erwachsen ist. Eine Pflicht, sich mit der Angelegenheit aufs neue zu befassen, besteht dagegen für die Behörde nicht. Sie kann sich auf die Antwort beschränken, sie trete auf die Sache nicht nochmals ein.[4] Der Bürger besitzt aber die weitere Möglichkeit, bei der der verfügenden Behörde vorgesetzten Instanz Anzeige zu erstatten. Die Anzeige führt zur Aufhebung der Verfügung nur, wenn der Bürger nachweisen kann, daß die obere Instanz vermöge ihrer Aufsichtsgewalt von Amteswegen die Verfügung zurücknehmen muß, weil z. B. klares Recht, prozessuale Formen oder öffentliche Interessen[5] offensichtlich verletzt worden sind. Eine solche Anzeige behauptet somit stets, eine Verfügung sei ungültig. (Vgl. oben S. 194 ff.)

II. Gegenvorstellung und Anzeige sind für den Bürger entweder nur unvollkommene oder aber außerordentliche Rechtsbehelfe. Das normale Rechtsschutzmittel bildet die Beschwerde (Re-

---

[3] Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. IV S. 1301.

[4] Der Unterschied ist wichtig wegen der Berechnung der Beschwerdefrist. Verfügt die Behörde neu, so wird die Frist von der neuen Verfügung an berechnet, ergeht dagegen ein ablehnender Bescheid, so läuft die Frist von der alten Verfügung an. Denn wenn die Behörde die Gegenvorstellung für begründet erachtet, so muß sie eine neue Verfügung erlassen, die alte ist erledigt. Preuß. OVG. 19. Januar 1912 (Preuß. VerwBl. XXXIV 63).

[5] Urt. des Ob.-Land-Ger. Dresden vom 28. Januar 1897 (Reger, XVIII 311; vgl. auch XIX 2). — Denn der Aufsichtsbehörde kommt die von Beschwerde und Anzeige unabhängige Pflicht zu, von Amteswegen eine Verfügung der untern Instanz, welche das öffentliche Interesse verletzt, aufzuheben. Kgl. Sächs. OVG. 29. März 1912 (Reger XXXIII 289).

kurs, förmliche Beschwerde, Verwaltungsbeschwerde).[6] Sie ist das allgemeinste Rechtsmittel des deutschen Verwaltungsrechtes. Eine badische Verordnung charakterisiert ihr Wesen richtig, wenn sie sagt: „Jeder, dessen rechtliches Interesse durch eine Entscheidung oder Verfügung der Verwaltungsbehörden beeinträchtigt sein kann, und der dasselbe für verletzt hält, ist zu rekurrieren befugt."[7] Die Befugnis, Beschwerde einzulegen, ist ein subjektives öffentliches Recht jedes Untertans. In dem allgemeinen Beschwerderecht hat auf verwaltungsrechtlichem Gebiet der publizistische Rechtsschutzanspruch praktische Gestalt gewonnen. Mit der Beschwerde kann Beseitigung jeder Rechts- oder Interessenverletzung verlangt werden.[8]

1. Die Beschwerde richtet sich stets an die höhere Instanz, d. h. die der verfügenden Instanz übergeordnete Verwaltungsbehörde (Beschwerdeinstanz). Die Beschwerde findet innerhalb des Verwaltungsapparates selbst ihre Erledigung. In Deutschland sind regelmäßig die Aufsichtsorgane gleichzeitig Beschwerdeinstanzen. Aber es ist möglich, daß das Gesetz für bestimmte Angelegenheiten besondere Beschwerdeinstanzen neben den Aufsichtsorganen bildet.[9] Für zahlreiche Gebiete der Verwaltung hat der Gesetzgeber die Beschwerdeinstanzen kollegial ausgestaltet und dabei namentlich Selbstverwaltungselemente hineingezogen.[10]

---

[6] Der Sprachgebrauch faßt leider häufig Gegenvorstellung, Anzeige und eigentliche Beschwerde in einen Ausdruck zusammen. Andrerseits bezeichnet auch der Gesetzgeber gelegentlich, z. B. Bad. Landesbauordnung, § 118, eine Beschwerde im eigentlichen Sinn als Einsprache oder Einspruch. Roth, Badische Landesbauordnung[2] S. 276.

[7] Badische landesherrliche Verordnung vom 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betr. § 28. Vgl. auch Württ. Verfassungsurkunde von 1819, § 36: „Jeder hat das Recht, über gesetz- und ordnungswidriges Verfahren einer Staatsbehörde oder Verzögerung der Entscheidung bei der unmittelbar vorgesetzten Stelle schriftliche Beschwerde zu erheben und nötigenfalls stufenweise bis zur höchsten Behörde zu verfolgen."

[8] Infolgedessen kann man mit Hilfe der Beschwerde auch eine rechtliche Ungültigkeit rügen (Nichtigkeitsbeschwerde).

[9] Dies trifft insbesondere zu für die Beschwerdebehörden (Berufungskommissionen) bei der Steuerveranlagung. Vgl. z. B. Preuß. Einkommensteuergesetz v. 24. Juli 1891 § 40.

[10] Die Reichsgewerbeordnung bestimmt in § 21, daß in dem gewerbepolizeilichen Genehmigungsverfahren in erster oder zweiter Instanz die Entscheidung durch eine kollegiale Behörde erfolgen muß.

Es sei erinnert an die preußischen Beschlußbehörden[11] (Kreis-, Stadtausschuß, Bezirksausschuß, Provinzialrat), an die badischen Bezirksräte[12] usf. Im übrigen hat sich der Gesetzgeber meist nicht mit einer einzigen Beschwerdeinstanz begnügt, sondern nach dem Vorbild der Justiz einen Instanzenzug von Beschwerdebehörden eingerichtet.

2. Mit der Beschwerde kann der Beschwerdeführer eine Überprüfung der angefochtenen Verfügung nach der tatsächlichen wie nach der rechtlichen Seite hin verlangen. Die Beschwerde kann ferner unrichtige Auslegung des Rechtes, wie unrichtige Handhabung des freien Ermessens rügen.[13] Sie steht jedoch nur der Person zu Gebote, welche durch die angefochtene Verfügung benachteiligt worden ist, nicht jedem beliebigen Dritten. Zur Erhebung der Beschwerde ist m. a. W. nur der Untertan legitimiert, in dessen individuelle Rechte oder rechtlich anerkannte Interessen die Verfügung unmittelbar eingegriffen hat. Das Recht zur Beschwerdeführung besitzt infolgedessen derjenige nicht, der bloß von den mittelbaren Wirkungen einer Verfügung eine Schädigung seiner ökonomischen Lage befürchtet.[14] Ebensowenig

---

[11] Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Beschlußverfahren", I (2. Aufl.) S. 273.

[12] Walz, Bad. Staatsrecht S. 122. Vgl. z. B. Landesbauordnung § 118. Zu bemerken ist daß die Hauptaufgabe der badischen Bezirksräte nicht die Beurteilung von Beschwerden bildet. Ihre eigentliche Bedeutung liegt auf einem andern Gebiet (s. oben S. 94).

[13] Es kann also der Private z. B. die einer baupolizeilichen Bewilligung beigefügten „Bedingungen" angreifen mit der Behauptung, derartige Auflagen seien im Gesetz gar nicht vorgesehen, oder er kann behaupten, das Gesetz gestatte an sich, daß man ihm nach der bestimmten Richtung (im Interesse der Feuerpolizei) Vorschriften erteile, aber das von der Polizei in casu Geforderte sei unzweckmäßig und stelle daher eine unnötige Belästigung dar.

[14] Urt. des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. vom 17. Dez. 1900, Entscheidungen Bd. 38, S. 376. Wenn eine Wirtschaftskonzession erteilt worden ist, so sind die durch die Errichtung einer neuen Wirtschaft bedrohten Wirte zur Erhebung der Beschwerde nicht befugt. Entsch. des Bayr. Verw.-Ger.-H. vom 18. Dez. 1889 (Reger XI S. 11). Landmann, Gewerbeordnung, I[6] S. 200. Walz, Bad. Staatsrecht S. 230, Anm. 4. Andrer Ansicht: die Kgl. Sächs. Verwaltungsbehörden (Reger XVI S. 132). — Über die Legitimation zur Beschwerde im allgemeinen: Reger-Dyroff, Bayrisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 4. Aufl., S. 459ff. Nicht legitimiert zur Beschwerde gegen

kann der Bürger eine Beschwerde erheben, der lediglich amtlich, aber nicht als Privatperson an einer Angelegenheit beteiligt ist. Schon aus diesem Grund ist eine Behörde als solche nicht befugt, sich über eine von der zuständigen Instanz erlassene Verfügung zu beschweren,[15] und ebensowenig steht ein Beschwerderecht der Behörde zu, deren Verfügung von der Beschwerdeinstanz aufgehoben worden ist. Ausnahmsweise haben aber einzelne Gesetze durch positive Anordnungen dem ein Staatsamt bekleidenden Vorsitzenden von Selbstverwaltungskollegien das Recht beigelegt, Beschlüsse dieser Kollegien, welche das Gesetz oder das öffentliche Interesse verletzen, von Amteswegen bei der höheren Verwaltungsinstanz oder beim Verwaltungsgericht anzufechten.[16]

3. Die Beschwerde ist an die Beobachtung bestimmter Formen gebunden. Zu ihnen gehört vor allem die Einhaltung einer Beschwerdefrist. Nach Ablauf der Beschwerdefrist erlangt, wie oben ist ausgeführt worden, die unangefochtene Verfügung formelle Rechtskraft. Legt dagegen der Betroffene rechtzeitig Beschwerde ein, so wird nach den meisten Gesetzen dadurch von selbst die Wirkung der angefochtenen Verfügung gehemmt (Suspensiveffekt).[17]

---

eine polizeiliche Verfügung, die dem Eigentümer eines verpfändeten Grundstücks eine polizeiliche Beschränkung auferlegt, ist der Hypothekengläubiger, auch wenn die Verfügung den wirtschaftlichen Wert des Grundstücks mindert. Roth, Bad. Landesbauordnung, S. 276. Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, S. 151—152.

[15] Eine Gemeinde als solche kann sich nicht beschweren, wenn die zuständige Polizeibehörde einem Bewerber die nachgesuchte Polizeierlaubnis (Wirtschaftskonzession, Baukonsens) erteilt. Roth, Bad. Landesbauordnung, S. 276. Urt. des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. vom 2. Nov. 1904 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. VI S. 317).

[16] Dieses Recht steht beispielsweise nach dem Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, §§ 83/84, dem Vorsitzenden des Kreisausschusses und des Bezirksausschusses zu. Dasselbe Recht besitzt der Vorsitzende des badischen Bezirksrats (der Vorsteher des Bezirksamts); vgl. nämlich Bad. landesherrl. Verordnung vom 31. August 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betr. § 38. Ebenso steht nach dem Württemberg. Einkommensteuergesetz vom 8. August 1903, Art. 57, das Rechtsmittel der Beschwerde dem Vorsitzenden der Einschätzungskommission zu. Ferner Kgl. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz, § 77, u. a. m.

[17] Unrichtig: Beschluß d. Reichsger. v. 10. Nov. 1905 (Reger XXVII S. 16). — Bis die Beschwerde eingelegt wird, behält die Verfügung ihre Kraft. Urt. des Preuß. Kammerger. vom 23. April 1906 (Reger XXVII S. 319).

Die Einlegung der Beschwerde schiebt die ganze Angelegenheit vor die Beschwerdeinstanz (Devolutiveffekt).[18] Diese tritt nach allen Richtungen an die Stelle der unteren Behörde. Auch sie hat daher den Tatbestand von Amteswegen festzustellen, und dem Beschwerdeführer seinerseits ist es nicht verwehrt, neue Anträge und neue Beweismittel vorzubringen. Hat die angefochtene Verfügung das Recht verletzt, so muß sie von der Beschwerdebehörde aufgehoben werden. Hat dagegen die untere Behörde bei Erlaß der Verfügung lediglich ihr freies Ermessen unzweckmäßig gehandhabt, so soll ebenfalls eine Abänderung eintreten, es wäre denn, daß die höhere Instanz fände, mit der Aufhebung der Verfügung sei für das Gemeininteresse ein größerer Nachteil verbunden, als mit der Bestätigung.[19] Die Beschwerdeinstanz hat den Beschluß zu begründen, mit dem sie Antwort auf die Beschwerde erteilt.[20] Erachtet sie die Beschwerde für begründet, so hat sie in der Regel die Sache nicht an die untere Instanz zurückzuweisen, sondern an die Stelle der aufgehobenen Verfügung eine eigene neue zu setzen. Darf sie die angefochtene Verfügung auch zum Nachteil des Beschwerdeführers abändern, ist eine reformatio in pejus zulässig?[21] Wenn die Beschwerdeinstanz gleichzeitig die Aufsichtsbehörde der Instanz darstellt,

---

S. auch oben S. 185. — Die meisten Gesetze ermächtigen jedoch die Behörde, welche die Verfügung erlassen hat, oder die Rekursinstanz eine angefochtene Verfügung trotz Einreichung einer Beschwerde in Vollzug zu setzen. Es müssen jedoch stets besondere Gründe (Rücksichten des öffentlichen Wohls u. dgl.) für eine solche Maßnahme vorliegen. Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 53. Bad. Landesh. Verordnung vom 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betr., § 33. — Über Ausnahmen von diesem Grundsatze: Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Aufschiebende Wirkung", I² S. 137.

[18] Die Beschwerde muß den „Ausdruck der Unzufriedenheit" mit einer genau zu bezeichnenden Verfügung und eine Angabe darüber enthalten, was mit der Anrufung der höheren Instanz bezweckt wird. Entscheidungen d. Preuß. OVG. X 350.

[19] Laband, Staatsrecht, II⁵ S. 195.

[20] Württ. Verfassungsurkunde von 1819, § 37.

[21] Beispiel: Die Steuerbehörde setzt in einem bestimmten Fall den Betrag der Erbschaftssteuer auf 1000 Mark fest. Der Steuerpflichtige beschwert sich bei der höheren Instanz. Diese läßt Liegenschaften und Wertpapiere des Erblassers neu taxieren und setzt einen höheren Steuersatz fest, als die erste Instanz. Ist dies zulässig?

welche die angefochtene Verfügung erlassen hat, so ergibt sich die Zulässigkeit der reformatio in pejus schon aus der allgemeinen Kompetenz der Aufsichtsorgane, von Amteswegen gegen gesetzwidrige oder das öffentliche Interesse gefährdende Verfügungen einzuschreiten.[22] Sind dagegen für die Beurteilung bestimmter Arten von Beschwerden (Steuerveranlagung u. dgl.) besondere Instanzen eingesetzt, so sind diese bestimmungsgemäß darauf beschränkt, Rechtsschutz zu Gunsten der Personen (oder Behörden) auszuüben, die diesen Schutz anrufen. Daraus folgt, daß sie eine Verfügung nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers abändern dürfen, es wäre denn, daß das Gesetz es ausdrücklich erlaubte.[23]

Den Beschlüssen der Beschwerdeinstanzen kommt so wenig materielle Rechtskraft zu, wie den Verfügungen der unteren Behörden. Eine Bestätigung der angefochtenen Verfügung läßt daher der unteren Behörde die Zuständigkeit, die Verfügung jederzeit zurückzunehmen. Hebt dagegen die Beschwerdeinstanz die Verfügung auf und ersetzt sie durch eine neue, eigene, so kann eine Zurücknahme allein durch sie erfolgen.[24]

---

[22] Schultzenstein, Rechtskraft und reformatio in pejus im preuß. Verwaltungsstreitverfahren (Verwaltungsarchiv, XI S. 365ff., insbes. S. 423). Ausdrücklich als zulässig erklärt ist die reformatio in pejus in Baden (Bad. Landesh. Verordnung v. 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betr., § 35), in Württemberg (Soergel, I S. 715, Nr. 63; Göz, Württ. Einkommensteuergesetz S. 279, 319), in Bayern (Verwaltungsgerichtsgesetz von 1878, Art. 36 und 41. Reger-Dyroff, Bayr. Verw.-Ger.-Ges., S. 522), im gleichen Sinn auch die Praxis des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. (Jahrb. d. Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. XII S. 210. XVI 143. Wachler u. Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. III S. 57. Soergel, II S. 855 Nr. 7).

[23] Preuß. Ob.-Verw.-Ger. in Staatssteuersachen v. 5. Oktober 1895 und 14. Dezember 1898 (Entscheidungen in Staatssteuersachen IV 373, VII 377). Vgl. dazu auch den Aufsatz von Jacobi im Verwaltungsarchiv V 384. Gegen eine Beeinträchtigung der Interessen der Steuerverwaltung kann sich der Staat schützen durch Aufstellung eines mit einem selbständigen Beschwerderecht ausgestatteten Vertreters des öffentlichen Interesses. Vgl. auch Emil Herzog, Das Rechtsmittelverfahren und die Rechtskraft der Entscheidungen in Steuer- und Gebührensachen (nach österreich. Recht), 1909, S. 105ff..

[24] Otto Mayer, I S. 160. Bad. Landesh. Verordnung vom 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betr., § 43. Für solche Fälle

Dadurch wird jedoch der unteren Behörde die Befugnis nicht entzogen, von sich aus eine neue Verfügung in derselben Angelegenheit zu erlassen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für ein neues Handeln vorliegen.

§ 15. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit.[1]

I. Der Rechtsstaat ist in Deutschland dadurch entstanden, daß die Justizeinrichtungen auf die Verwaltung übertragen worden sind. Die Verwaltung ist eine an das Recht gebundene Tätigkeit geworden. Die Verwirklichung des Verwaltungsrechtes liegt den Verwaltungsbehörden ob. Allein diese stehen dem Rechte nicht unbeteiligt gegenüber wie der Richter. Da der

---

sieht eine Wiederaufnahme vor das Bayr. Verw.-Ger.-Ges. von 1878, Art. 26. Aus den Erörterungen oben S. 186 ff. ergibt sich, daß ein besonderes Wiederaufnahmeverfahren in der Regel darum überflüssig ist, weil den Verwaltungsakten die materielle Rechtskraft abgeht.

[1] Otto Mayer, I §§ 13—15. E. v. Meier, in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler, II S. 729 ff. Edgar Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 771. Anschütz, Verwaltungsrecht (in der Kultur der Gegenwart, II, 8 S. 347 ff.); Verwaltungsgerichtsbarkeit (Handbuch der Politik I 310 ff.). Lemayer, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit (Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. 22). Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, § 182. Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts,[4] §§ 14—19. Ph. Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit (Verwaltungsarchiv, II S. 74); Zum Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit (in der Festgabe der Bonner jurist. Fakultät für Paul Krüger, 1911). v. Stengel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte (Verwaltungsarchiv, III S. 177). Tezner, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsarchiv, VIII u. IX); Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde (Jahrbuch des öffentl. Rechts V 67); System der österreichischen Verwaltungsrechtsprechung (Grünhuts Ztsch. f. d. Privat- u. öffentliche Recht Bd. 39, S. 418). Sarwey, Das öffentl. Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880. Göz, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, 1902. Stein, Justiz und Verwaltung S. 9 ff. Kormann, in den Annalen des Deutschen Reichs 1912, S. 210. Antonio Salandra, La Giustizia amministrativa nei governi liberi, Torino 1904. Thoma, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft (Jahrbuch des öffentl. Rechts, Bd. IV (1910) S. 196—218. R. v. Laun, Übersicht über wichtige Einrichtungen des Auslands auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtspflege, Wien 1913.

Verwaltungsbeamte in allen Lagen das öffentliche Interesse gegen den Untertan zu vertreten hat, so liegt die Gefahr nahe, daß die Gesetze einseitig zu Gunsten des Staates ausgelegt werden. Dieser Gefahr wird nicht durch die Einrichtungen des Beschwerdeverfahrens vorgebeugt. Denn es sind stets die Verwaltungsbehörden selbst, die die Beschwerde beurteilen. Die Forderung auf Einsetzung einer unabhängigen Rechtsschutzinstanz auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes wurde deshalb schon unmittelbar nach der Gründung des Verfassungsstaates erhoben. Zu den sachlichen Einwendungen gegen eine ausschließlich den Verwaltungsbehörden überlassene Ausübung des Verwaltungsrechts gesellte sich noch ein politisches Bedenken. Die Verfassungsurkunden hatten bei der Verteilung der verschiedenen staatlichen Funktionen an die verschiedenen Staatsorgane die Verwaltung zur Domäne des Fürsten gemacht, diesen aber dabei an die Mitwirkung von Ministern gebunden, welche der Volksvertretung verantwortlich wurden. Die Befürchtung erwachte nun, es möchten die vom Willen des Fürsten und auch von den politischen Parteien abhängigen Verwaltungsbehörden das Verwaltungsrecht zu politischen Zwecken parteimäßig auslegen. Schon früh versuchte man in zwei deutschen Staaten, dieser Gefahr zu begegnen. Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg vom Jahre 1819, § 60,[2] wies einer über den Ressortministerien eingerichteten und für diesen Zweck mit richterlichen Mitgliedern verstärkten Kollegialbehörde, dem sog. Geheimen Rat, die Aufgabe zu, letztinstanzlich Rekurse gegen Verfügungen der Departementsminister zu entscheiden. In Kurhessen übertrug man den Zivilgerichten die Kompetenz, Klagen der Bürger über Eingriffe der Verwaltungsbehörden in Individualrechte zu beurteilen.[3] In den übrigen deutschen Staaten blieb dagegen die Handhabung des Verwaltungsrechtes ausschließlich den Verwaltungsbehörden anvertraut. Um so leb-

[2] Fleiner, Staatsrechtliche Gesetze Württembergs, S. 33. Göz, Württembergisches Staatsrecht, S. 158. Ottmar Bühler, Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im Württembergischen Recht, S. 34ff.

[3] Otto Bähr, Der Rechtsstaat, 1864, S. 135ff. Edgar Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 779.

hafter begann sich dort die Literatur mit der Frage nach der Ausbildung besonderer Rechtsschutzgarantien zu beschäftigen. Es läßt sich nicht verkennen, daß, wie auf die Ausbildung der übrigen politischen Theorien Deutschlands, so auch auf diese Diskussion das Beispiel Frankreichs einwirkte. Frankreich hatte bei der Aufrichtung seiner neuen Verwaltungsorganisation im Jahre 1801 die aus dem Ancien régime überlieferte Kontrolle der Justiz über die Verwaltung dadurch definitiv ausgeschaltet, daß der Gesetzgeber in der Verwaltung selbst besondere Rechtsschutzbehörden einsetzte (die conseils de préfecture und den Conseil d'Etat)[4] und diesen die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen der öffentlichen Verwaltung und den Untertanen übertrug („le contentieux administratif").

In Deutschland hatte die Bewegung für Einführung einer besonderen Verwaltungsrechtspflege zunächst den Einwand zu überwinden, man bedürfe in den sog. administrativ-kontentiösen Sachen eines vermehrten Rechtsschutzes überhaupt nicht; die Verwaltungsbehörden wendeten, da sie an den ihnen übertragenen Sachen persönlich unbeteiligt seien, das Verwaltungsrecht mit derselben Unparteilichkeit an, wie Gerichte.[5] Es hielt nicht schwer, diesen Einwand zu entkräften und die Notwendigkeit einer gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung mit den Erfahrungen des täglichen Lebens zu begründen. Als selbstverständlich galt ferner, daß ein voller Rechtschutz nur durch unabhängige Ge-

[4] Dareste, La justice administrative en France, 2 éd., 1898. Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 2 éd. 1896. Hauriou, Droit administratif,[7] p. 931. Otto Mayer, Theorie des franz Verwaltungsrechts, S. 87ff. Salandra, Giustizia amministrativa, p. 96. Berthélemy, Droit administratif[7] p. 916. F. Wodtke, Der recours pour excès de pouvoir, 1912 (Abhandlungen a. d. Staats-, Verwaltungs- u. Völkerrecht, herausg. von Zorn u. Stier-Somlo XI Heft 3).

[5] G. L. Funke, Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, 1838, S. 124ff, führt aus, der Verwaltungsbeamte sei nicht Richter in eigener Sache. Durch Einführung eines Instanzenzugs innerhalb der Verwaltung werde dem Rechtsschutzbedürfnis ausreichend genügt. Im selben Sinn W. J. Behr, Die Verfassung und Verwaltung des Staates, 1812, S. 54ff. Hierher zu zählen ist auch C. v. Pfizer, Über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Ziviljustiz, 1828. Pfizer will (S. 204) die Beurteilung der Verwaltungsstreitsachen einer gemischten Stelle übertragen, „welche aus Mitgliedern der Departements der Justiz, des Innern und der Finanzen zusammengesetzt ist".

richte gewährt werden könne („Verwaltungsjustiz"). Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller wollte deshalb die Verwaltungsstreitsachen kurzer Hand den bestehenden Zivilgerichten zuweisen;[6] sie gingen davon aus, im Berufe des Zivilrichters liege es, Rechtsverletzungen zu beurteilen, gleichgültig, ob diese das Privatrecht oder das öffentliche Recht beträfen. Nur eine kleine Minderheit verlangte die Errichtung von besonderen Organen für die Ausübung der Verwaltungsjustiz.[7] Einen ersten Erfolg errang die Bewegung, welche die Verwaltungsjustiz den ordentlichen Gerichten übertragen wollte, in jenen Vorschriften der Verfassung des Deutschen Reichs vom 28. März 1849, welche die Beurteilung aller von den Verwaltungsbehörden begangenen Rechtsverletzungen und die Bestrafung aller Verwaltungswidrigkeiten den ordentlichen Gerichten zuwiesen.[8] Ist auch dieser erste Erfolg mit der Frankfurter Verfassung zusammengebrochen, so war doch ein zweiter von Dauer: die Landesgesetzgebung hatte begonnen, in steigendem Maße Strafmandate der Polizei- und Finanzbehörden der Kontrolle des ordentlichen Strafrichters zu unterstellen[9] und in den Gesetzen über die „Erweiterung des Rechtswegs" die Zuständigkeit der Zivilgerichte auf die Beurteilung von Verwaltungsstreitsachen zu erstrecken.[10] Dadurch erfuhr die Auffassung in der Literatur eine Unterstützung, welche die Übertragung aller „Verwaltungs-

---

[6] Mittermaier, Beiträge zu der Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses (Archiv für zivilist. Praxis, Bd. 4, S. 105, insbes. S. 328ff.). Über die spätere Wandlung in Mittermaiers Anschauungen s. Mittermaiers Aufsatz „über das Verhältnis der Justiz zu den Verwaltungssachen" (1838) ebendaselbst Bd. 21, S. 278. Thoma, Jahrbuch des öffentl. Rechts IV 207.

[7] G. v. Weiler, Über Verwaltung und Justiz, 2. Ausg. 1830, S. 23ff.

[8] Verfassung des Deutschen Reichs, vom 28. März 1849, § 182. „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte. — Der Polizei steht keine Strafgerichtsbarkeit zu."

[9] Für Preußen: Loening, im Verwaltungsarchiv III 133ff., insbes. 146. Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht S. 317ff. Für Baden: Thoma, Polizeibefehl I S. 189ff.

[10] Z. B.: Preuß. Gesetz betr. Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861. Das Gesetz hat u. a. Streitigkeiten zwischen der Steuerbehörde und den Abgabepflichtigen der Beurteilung der Zivilgerichte unterstellt.

justiz" auf die Zivilgerichte befürwortete.[11] Nur in wenigen deutschen Ländern wurde jedoch dieses Ideal des „Justizstaats" verwirklicht. Mit besonderer Entschiedenheit gelang dies in den Hansastädten, in denen bis heute in weitem Umfange die Nachprüfung der Rechtsgrenzen der Verwaltung Justizsache geblieben ist.[12]

---

[11] Hauptvertreter dieser Ansicht: Otto Bähr, Der Rechtsstaat, 1864. Weitere Vertreter sind aufgezählt bei Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, § 182, Anm. 8. Vgl. über den Zusammenhang dieser ganzen Richtung mit dem politischen Liberalismus Thoma in der Ztsch. f. Politik VI 240.

[12] In Hamburg hatte schon ein Gesetz vom 12. August 1859 und sodann die Verfassung vom 28. September 1866 Art. 96 den ordentlichen Gerichten die Aufgabe übertragen, „über alle Rechtsverletzungen zu entscheiden". Das geltende hamburgische Gesetz betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege vom 23. April 1879 (Verhältnisgesetz) wiederholt den Grundsatz, § 24 Abs. 2: „Außerdem kann wegen Verletzung von Privatrechten durch Verfügungen oder Maßregeln von Verwaltungsbehörden, welche nicht unter die Bestimmungen des 1. und 2. Abschnitts fallen, gegen die betreffende Verwaltungsbehörde Klage vor den Gerichten nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen erhoben werden." § 29: „Die Klage kann auf Abhülfe oder auf Entschädigung oder auf Beides gerichtet werden". (Beispiele für diese Praxis: DJZ. XV 78; Jahrbuch des Verwaltungsrechts V 2, S. 337). Eine der hamburgischen Vorschrift analoge Bestimmung enthält die Verfassung Bremens vom 1. Januar 1894 § 15 (Beispiele: Spruchsammlung der DJZ. 1911, S. 148; Jahrbuch des Verwaltungsrechts V 2, S. 335, VI 2, S. 326). Damit übereinstimmend die Gesetzgebung Lübecks: Stein, Justiz und Verwaltung S. 10—11. Über den i. J. 1910 veröffentlichten Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes für Hamburg: Hartmann DJZ. XVI 133. Seweloh, im Archiv des öffentl. Rechts XXIX 1, 19. — Auch die Gesetzgebung Italiens hatte das Problem zunächst in justizstaatlichem Sinne gelöst: Sie hatte (1865) die ordentlichen Gerichte für zuständig erklärt, über alle Verletzungen bürgerlicher oder politischer Individualrechte zu befinden und zwar auch solcher Verletzungen, welche von Verwaltungsbehörden begangen worden sind. Doch ist das Prinzip zu Gunsten der Verwaltungsbehörden durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen worden. Für die Beurteilung dieser den Verwaltungsbehörden verbliebenen Verwaltungsstreitsachen hat die Gesetzgebung in der Folge (zuletzt namentlich im Jahre 1890) nach französischem Vorbild besondere Kollegialorgane innerhalb der Verwaltung selbst (Giunta provinciale) geschaffen und über diesen als Kassationsinstanz im Staatsrat des Königreichs eine besondere Abteilung (quarta sezione del Consiglio di Stato) errichtet. Orlando, L'ordinamento della giustizia amministrativa in Italia (Trattato completo di diritto amministrativo italiano, vol. III). Salandra, Giustizia ammi-

Die Gesetzgebung schlug im übrigen Deutschland andre Bahnen ein[13]. Im Jahre 1863 errichtete das Großherzogtum Baden einen eigenen Verwaltungsgerichtshof.[14] Doch über den politischen Kämpfen der Zeit trat sonst überall die Beschäftigung mit gesetzgeberischen Problemen dieser Art in den Hintergrund, bis unmittelbar nach der Reichsgründung Rudolf Gneist die Diskussion neu belebte mit der Forderung nach Ausbau des Rechtsstaates[15] durch

---

nistrativa, p. 279. Lezioni di diritto amministrativo I, 1912, p. 262. E. v. Meier, in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler, II S. 738. Dino Rio, Il nuovo ordinamento della giustizia amministrativa in Italia, 1910. S. Romano, Diritto amministrativo[3] p.221. — England ist gleichfalls insofern in diesem Zusammenhang zu nennen, als es, gemäß der Entwicklung des englischen öffentlichen Rechts (oben S. 39), keine besonderen Verwaltungsgerichte besitzt. Die ordentlichen Gerichte gewähren dem Bürger Schutz gegen Übergriffe der Verwaltung. Hatschek, Englisches Staatsrecht, II S. 609ff. O. Koellreutter, Verwaltungsrecht u. Verwaltungsrechtsprechung in England S. 109 ff.

[13] Anders ist man in der Schweiz im Kanton Basel-Stadt verfahren; dort hat der Gesetzgeber aus äußeren Gründen den bestehenden Behördenapparat nicht durch Schaffung eines weiteren Gerichtes vermehren wollen und deshalb in dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. März 1905 die Beurteilung der Verwaltungsstreitsachen dem Appellationsgericht, d. h. der kantonalen Appellationsinstanz in Zivil- und Strafsachen, als Verwaltungsgericht übertragen. Vgl. darüber Schultzenstein, im Verwaltungsarchiv XII S. 571 und XIV S. 140. Ferner A. Im Hof, im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, IV S. 176 und die Schrift desselben Verfassers über „Die Ergebnisse der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Basel-Stadt 1905 bis 1910", Zürich 1911. — Über die im übrigen noch wenig entwickelte Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz: Leonhard Jenny, Art. „Verwaltungsrechtspflege" in Reichesbergs Handwörterbuch d. Schweiz. Volkswirtschaft III S. 1346ff. und die daselbst zitierte Literatur.

[14] Badisches Gesetz vom 5. Oktober 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung. Vgl. dazu Weizel, Das Bad. Gesetz vom 5. Okt. 1863, Karlsruhe, 1864. In den Jahren 1880 und 1884 ist der Verwaltungsgerichtshof weiter ausgebaut und seine Zuständigkeit erweitert worden durch das Gesetz vom 24. Februar 1880, den Verwaltungsgerichtshof und das verwaltungsgerichtliche Verfahren betr. und das Gesetz vom 14. Juni 1884, die Verwaltungsrechtspflege betr. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 126. Die Rechtsprechung des badischen Verwaltungsgerichtshofs Bd. I bearbeitet von Wielandt (umfassend die Jahre 1864—1890), Bd. II bearbeitet von Joos (umfassend die Jahre 1891—1894), Bd III bearbeitet von Behr (umfassend die Jahre 1896—1910).

[15] Vgl. oben S. 42ff.

eine Verwaltungsjurisdiktion. Diese aber, so führte Gneist aus, lasse sich nur herstellen, „wenn Landräte und Regierungen durch Ehrenämter verstärkt, für die kontentiösen Verwaltungsfragen kollegialisch formiert, in einem Verwaltungsgerichtshof ihren Abschluß finden."[16] Den Gedanken Gneists ist der Sieg zugefallen. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß dabei die Erwägung mitgeholfen hat, von einer Zuweisung der Verwaltungsjustiz an die Zivilgerichte könne schon darum keine Rede sein, weil dem einseitig privatrechtlich vorgebildeten Zivilrichter die Fähigkeit zu selbständiger Anwendung des öffentlichen Rechtes abgehe. Im Jahr 1875 hat der größte deutsche Bundesstaat, Preußen, besondere Verwaltungsgerichte, an der Spitze das Oberverwaltungsgericht, errichtet, und in der Folge haben auch andere deutsche Staaten für die Beurteilung von Verwaltungsstreitsachen besondere Verwaltungsgerichte eingesetzt: Hessen 1875, Württemberg 1876, Bayern 1878, Anhalt 1888, Braunschweig 1895, Sachsen-Meiningen 1897, Lippe 1898, Sachsen-Koburg-Gotha 1899, das Königreich Sachsen 1900, Oldenburg 1906, die thüringischen Staaten 1912.[17] Das Reichs-

[16] Rudolf Gneist, Der Rechtsstaat, 1872, insbes. S. 162ff.; die zweite Auflage des Werkes ist 1879 erschienen unter dem Titel: „Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland."

[17] Baden: s. oben S. 232. Preußen: Gesetz betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 3. Juli 1875, abgeändert am 2. August 1880. Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 (Landesverwaltungsgesetz). Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883, „Zuständigkeitsgesetz" (Anschütz - Dochow, Die Organisationsgesetze der inneren Verwaltung in Preußen, 1908.) Gesetz v. 28. Juni 1911 betr. Entlastung des Oberverwaltungsgerichts (Errichtung von Hilfssenaten; Jahrb. d. öff. R. VII 133). Hessen: Die hessischen Verwaltungsgerichtsgesetze von 1875 und 1879 sind ersetzt durch das Gesetz die Verwaltungsrechtspflege betreffend, vom 8. Juli 1911 (DJZ. XV 749, XVI 1484. Keller im Verw. Arch. XX 517). W. Best, Verwaltungsrechtspflege für das Großherzogtum Hessen, 1911. W. van Calker, Hess. Staatsrecht 1913, S. 87ff. Württemberg: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, vom 16. Dezember 1876 (Fleiner, Staatsrechtliche Gesetze Württembergs, S. 305). Bayern: Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen, vom 8. August 1878; Gesetz vom 13. Juni 1910 über das Verwaltungsstreitverfahren. (Reger-Dyroff, Bayrisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 4. Aufl. 1908). v. Seydel-Piloty, Bayerisches Staatsrecht, 1913, S. 401ff. Anhalt: Gesetz

recht hat hierbei der Landesgesetzgebung im allgemeinen freie Hand gelassen.[18] Das Reich selbst besitzt kein zentrales Reichs-

---

die Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren betr., vom 27. März 1888. Braunschweig: Gesetz, betr. die Verwaltungsrechtspflege, vom 5. März 1895. (Rhamm, Braunschweig. Staatsrecht 1908, S. 37ff.). Sachsen-Meiningen: Gesetz betr. das Verwaltungsstreitverfahren, vom 15. März 1897. Lippe: Gesetz, die Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren betr., vom 9. Februar 1898. Sachsen-Koburg-Gotha: Gesetz, betr. die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs vom 4. Dezember 1899; (s. jedoch unten bei „Thüring. Oberverwaltungsgericht.") Königreich Sachsen: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900. (K. Apelt, Das K. Sächs. Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 1911). Oldenburg: Gesetz, betreffend die Verwaltungsgerichtsbarkeit, vom 9. Mai 1906. (W. Schücking, Oldenburg. Staatsrecht 1911, S. 143). Thüringisches Oberverwaltungsgericht mit Sitz in Jena, vom 1. Oktober 1912 ab, als gemeinschaftliches Oberverwaltungsgericht der Staaten Sachsen-Altenburg, Sachsen-Weimar, Schwarzburg-Sondershausen, Schwarzburg-Rudolstadt, Sachsen Koburg-Gotha gemäß dem zwischen diesen Staaten am 15. Dezember 1910 vereinbarten Staatsvertrag. Vgl. dazu Deichmann, Ein thüringisches Oberverwaltungsgericht (in der DJZ. XVI 193). Strupp im Jahrb. d. öff. R. VI 295; Text des Vertrags S. 298. Wernick im Verwaltungsarchiv XXI 201. Der Staatsvertrag gibt für die Tätigkeit des thüringischen Oberverwaltungsgerichts nur den Rahmen. Es soll Revisions- und Anfechtungsinstanz sein (Art. 15 und 16 des Vertrages). Ob und in welchem Umfang aber jeder der Vertragsstaaten seine Verwaltung und seine Verwaltungsgerichte der Kontrolle des gemeinsamen Oberverwaltungsgerichts unterstellen will, bestimmt seine eigene Landesgesetzgebung. Das OVG. ist als Revisions- und Anfechtungsinstanz für jeden der Staaten nur zuständig nach Maßgabe der landesgesetzlichen Bestimmungen. Infolge des Abschlusses des zitierten Staatsvertrages haben je für ihren Bereich das Verwaltungsstreitverfahren neu geordnet: Altenburg, durch Gesetz v. 18. März 1912; Weimar-Eisenach, durch Gesetz v. 10. Juli 1912; Schwarzburg-Sondershausen durch Gesetze v. 13. Mai 1912, 3. u. 10. Oktober 1912; Schw.-Rudolstadt durch Gesetz v. 27. Sept. 1912; Koburg, durch Gesetz v. 18. Februar 1913; Gotha durch Gesetz v. 24. Mai 1913 (Koburg u. Gotha sind erst auf den 1. Juli 1913 beigetreten, DJZ. XVII 1229). Reuß ä. L. und Reuß j. L. haben am 22. Januar 1911 einen Staatsvertrag mit dem Königreich Sachsen über den Anschluß der beiden Fürstentümer an das Kgl. Sächsische Oberverwaltungsgericht vereinbart (Text des Vertrags im Jahrb. d. öff. R. VI 303). Neuordnung des Verwaltungsstreitverfahrens für Reuß ä. L. durch Gesetz vom 25. Juli 1912, für Reuß j. L. durch Gesetz vom 17. Juni 1912. Vgl. auch die Zusammenstellung bei Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts[4]

verwaltungsgericht. Wohl steht der Reichsgewalt verfassungsmäßig die letztinstanzliche Entscheidung von Streitigkeiten zu, die bei der Vollziehung von Reichsverwaltungsgesetzen entstehen. Die Beurteilung dieser Streitsachen hat jedoch das Reich Spezialverwaltungsgerichten übertragen, deren jedes Verwaltungsrechtsprechung nur für je eine abgegrenzte Materie ausübt: Bundesamt für Heimatwesen, verstärktes Reichseisenbahnamt, Patentamt, Reichsversicherungsamt, Reichsrayonkommission, Oberseeamt, Kaiserliches Aufsichtsamt für Privatversicherung, Oberschiedsgericht in der Versicherung für Angestellte.[19]

S. 73—75. Schultzenstein, in der Deutschen Juristenzeitung, XII (1907) S. 146. — In Elsaß-Lothringen besteht noch das alte französische contentieux administratif, d. h. eine Verwaltungsrechtsprechung durch reine Verwaltungsbehörden (Kaiserliche Bezirksräte und Kaiserlicher Rat in Straßburg). E. Bruck, Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht von Elsaß-Lothringen, I, 1908, S. 158ff. Eine Reform zur Einführung einer unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit für das Reichsland steht in Aussicht. Rosenberg, Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Elsaß-Lothringen (Annalen des Deutschen Reichs, 1906, S. 811). Keetmann, Die Trennung von Justiz und Verwaltung in Elsaß-Lothringen (Archiv für öffentliches Recht, XXI S. 71). Der bestehende Kaiserl. Rat ist kein Verwaltungsgericht im Sinne der Reichsjustizgesetze (z. B. des EG. z. GVG. § 11). Urt. d. Reichsgerichts in Zivilsachen v. 1. Juli 1902 (Reger, XXIV 186, Reichsgericht in Zivilsachen 52, S. 107).

[18] Die Bundesstaaten können die Verwaltungsstreitsachen den reichsrechtlich organisierten ordentlichen Gerichten oder besonderen Verwaltungsgerichten übertragen (EG. z. GVG. § 4). Daß solche Streitsachen durch die Zuweisung an die ordentlichen Zivilgerichte nicht etwa zu „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" werden, wurde bereits oben § 2 S. 15 Anm. 18 hervorgehoben. Andrerseits beginnt die Reichsgesetzgebung in steigendem Maße das landesrechtlich organisierte Verwaltungsstreitverfahren dem Schutze reichsrechtlicher Normen dienstbar zu machen. Vgl. z. B. BGB § 62 (Einspruch gegen Eintragung eines Vereins); Reichsbesitzsteuergesetz v. 3. Juli 1913 § 66 und die Zusammenstellung bei Stein, Justiz u. Verwaltung S. 16ff.

[19] In der Organisation und den Kompetenzen unterscheiden sich diese Reichsverwaltungsgerichte erheblich voneinander und von den Landesverwaltungsgerichten. So bilden die einen dieser Behörden (z. B. Bundesamt für Heimatwesen, Reichsversicherungsamt) die letzte richterliche Instanz über den in der Materie zuständigen Verwaltungsbehörden und richterlichen Organen in den Gliedstaaten. Andre dagegen (z. B. Patentamt, Kaiserliches Aufsichtsamt für Privatversicherung, Verstärktes Reichseisenbahnamt) sind berufen zur Ausübung einer Rechtskontrolle über

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit verfolgt das Ziel, die Forderung des Rechtsstaates nach „gesetzmäßiger Verwaltung" zu verwirklichen. Sie stellt jedoch nicht die einzige Einrichtung dar, die diesem Zwecke dient. Eine Garantie für die „Gesetzmäßigkeit" wird u. a. auch geschaffen durch die Kontrolle der Volksvertretung über die Regierung; durch die Besorgung von Verwaltungsaufgaben durch Ehrenbeamte; durch die Zuständigkeit der Zivil- und Strafgerichte, bei der Entscheidung von „Vorfragen" (oben S. 20) die Gültigkeit von Verwaltungsakten prüfen

---

die Reichsverwaltungsbehörden, welche eigene Verwaltung des Reichs besorgen oder die administrative Aufsicht des Reichs über die Durchführung der Reichsverwaltungsgesetze in den Gliedstaaten wahrnehmen. Auch in der Organisation haben diese Reichsverwaltungsgerichte ihren besonderen Zuschnitt. Die meisten sind der der Materie zugehörenden Verwaltungsbehörde des Reichs insofern eingegliedert, als sie entweder eine besondere für die Rechtsprechung eingerichtete Abteilung der betreffenden Reichsbehörde ausmachen (es sei an die Spruchsenate des Reichsversicherungsamtes [RVO. §§ 98 ff., 1694 ff.] oder an die Nichtigkeitsabteilung des Reichspatentamtes erinnert) oder aber nur eine durch richterliche Mitglieder verstärkte Erweiterung der betreffenden Reichsverwaltungsbehörde darstellen (Verstärktes Reichseisenbahnamt, Verstärktes Aufsichtsamt für Reichsversicherung). Ausnahmsweise hat die Reichsgesetzgebung eine solche über andere Reichsorgane eingesetzte Behörde auf Verwaltungsrechtsprechung beschränkt. Dies trifft z. B. beim Oberseeamt zu und beim Oberschiedsgericht der Angestelltenversicherung (Vers.-Ges. f. Angestellte v. 20. Dez. 1911 §§ 156, 162 ff., 281 ff.). Laband, Staatsr., I[5] S. 421 ff. Deutsches Reichsstaatsrecht[6] S. 98 ff. — Über die Forderung auf Errichtung eines zentralen deutschen Verwaltungsgerichtshofs vgl. die dem XXIX. und XXX. deutschen Juristentag erstatteten Rechtsgutachten von Schultzenstein, Thoma und Anschütz (Verhandlungen des XXIX. deutschen Juristentags, Gutachten Bd. 2, S. 4 ff., des XXX. Juristentags, Bd. 1, S. 51 ff. und 489). Vgl. dazu die kritischen Erörterungen von Laband, Ein deutsches Reichsverwaltungsgericht (DJZ XV 909). S. ferner Fleischmann, in der DJZ XIII 957. Schultzenstein im Preuß. Verw.-Bl. XXXI 709 und im Verw.-Arch. XIX 538. Der Reichstag hat am 30. Mai 1913 bei der Beratung des neuen Reichs- u. Staatsangehörigkeitsgesetzes (v. 22. Juli 1913) einer Resolution zugestimmt, in welcher „der Herr Reichskanzler um baldige Vorlegung eines Gesetzentwurfs ersucht wird, durch den ein Reichsverwaltungsgericht geschaffen wird, dem auch die Entscheidung der in § 33a (= § 40 des definitiven Textes des Staatsangehörigkeitsgesetzes) erwähnten Streitfragen in letzter Instanz zu übertragen ist." Stenographische Berichte des Reichstags, 13. Legislatur-Periode, I. Session 1912/13, S. 5340.

zu dürfen, und endlich dadurch, daß der Gesetzgeber die für die Verwaltungsbehörden maßgebenden Rechtsvorschriften spezialisiert.[20] Ist sonach die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur eine unter vielen Einrichtungen zur Pflege des Verwaltungsrechts, so stellt sie doch andrerseits die vollkommenste unter ihnen dar. Dieser Tatsache gibt scharfen Ausdruck der Sprachgebrauch, der als „Verwaltungsrechtspflege" i. e. S. die Verwaltungsgerichtsbarkeit bezeichnet.

Gehören auch die mit der Verwaltungsrechtsprechung betrauten Organe ihrer äußeren Stellung nach zu den Verwaltungsbehörden und nicht zu den ordentlichen Gerichten im Sinne des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes, so üben sie doch nach ausdrücklicher Anordnung aller deutschen Gesetze richterliche Funktionen aus. Sie stellen bei Streitigkeiten justizmäßig fest, was Rechtens ist. Um dieser Aufgabe willen genießen die Mitglieder der Verwaltungsgerichte im Bereiche der Rechtsprechung die Ga-

---

[20] Thoma, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft (Jahrb. des öffentl. Rechts, Bd. IV, 1910, S. 196). — Ich stimme Thoma in der Forderung nach Spezialisierung der Rechtsvorschriften insoweit zu, als auch ich z. B. in einer generellen Ermächtigungsklausel an die Adresse der Polizei (wie sie das Allgemeine Preußische Landrecht, II, 17 § 10, aufgestellt hat) eine Gefahr für die persönliche Freiheit erblicke. Im allgemeinen aber liegt meines Erachtens heute die Gefahr nicht in einem „Zuwenig", sondern in einem „Zuviel" der Spezialisierung. Zahlreiche moderne Verwaltungsgesetze sind nichts anderes als juristische Logarithmentafeln, die dem Verwaltungsbeamten das eigene Denken und die eigene Überlegung abnehmen wollen. Da nun aber ein Gesetz niemals die Fülle der Lebenserscheinungen zu fassen vermag, so steht der ausschließlich an das Gesetzeswort gewöhnte Verwaltungsbeamte neuen Erscheinungen ratlos gegenüber. Denn in einem mit Detailbestimmungen überladenen Gesetze werden die leitenden Rechtsgedanken von minderwichtigen Vorschriften so überwuchert, daß sie weder vom Beamten, noch vom Bürger leicht erkannt werden können. Endlich aber ist bei einer derartigen Spezialisierung der Gesetzgeber genötigt, die vielberufene „Klinke der Gesetzgebung" stets in der Hand zu behalten, um unausgesetzt Änderungen an dem geltenden Rechte vornehmen zu können. Dadurch wird dem Rechte nicht gedient; es entsteht ein Zustand der Rechtsunsicherheit. Aber gerade für den Gesetzgeber soll der Grundsatz gelten: Quieta non movere. In dieser übertriebenen Gesetzesproduktion liegt eine der Hauptursachen für den Bureaukratismus in der Verwaltung. Ein Gesetz kann nicht einfach und nicht kurz genug sein. Wenig Gesetze und einfache Gesetze muß das erlösende Wort werden.

rantien richterlicher Unabhängigkeit.[21] Sie sind allein dem Gesetze unterworfen und daher befugt, Verordnungen wie Verfügungen der Verwaltungsbehörden auf ihre Gesetzmäßigkeit zu prüfen.

II. Auf Grund dieser Entwicklung ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland in folgender Weise ausgestaltet worden:

1. Die Verwaltungsgerichte sind überall Sondergerichte. Einige wenige Staaten (z. B. Braunschweig) besitzen nur ein einziges Verwaltungsgericht. In den meisten Staaten dagegen hat das Gesetz mehrere (zwei bis drei) Verwaltungsgerichte eingesetzt, die in einem Instanzenzug ihren Abschluß in dem obersten Verwaltungsgerichte erhalten. Eine organisatorische Trennung von Verwaltungsgerichten und Verwaltungsbehörden findet hier — von den sogleich zu erwähnenden Ausnahmen abgesehen — erst in der obersten Instanz statt.[22] Die Mitglieder des obersten Verwaltungsgerichts werden, wie die der ordentlichen Gerichte, vom Landesfürsten ernannt;[23] in einzelnen Staaten (Oldenburg, Anhalt) ist daneben dem Landtag das Recht eingeräumt, eine beschränkte Zahl (meist zwei) der Mitglieder des obersten Verwal-

---

[21] Auch anfechtbare Einrichtungen der Justiz sind bei der Organisierung der obersten Verwaltungsgerichte in mehreren Staaten nachgeahmt worden. Ich denke hier vor allem an die Vorschriften, denen zufolge in obersten Verwaltungsgerichten mit einer Mehrheit von Senaten der einzelne Senat, der in einer Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung eines andern Senats abweichen will, darüber eine Entscheidung des Plenums einzuholen hat. — Analog der für das Reichsgericht geltenden Bestimmung des GVG. § 137. Preuß. Gesetz vom 2. August 1880 (Abänderung des § 29 des Verwaltungsgerichtsgesetzes von 1875). Kgl. Sächs. Verw.-RPflG. § 14. Staatsvertrag betr. Thüring. Oberverwaltungsgericht Art. 27. RVO. § 1717.

[22] Auch diese Regel wird durchbrochen: In Meiningen wird der oberste Verwaltungsgerichtshof durch den Staatsminister präsidiert, ihm gehören ferner zwei weitere Mitglieder des Staatsministeriums an. Gesetz betr. d. Verwaltungsstreitverfahren in Sachsen-Meiningen, Art. 5.

[23] Die ständigen Mitglieder des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts werden durch die Gesamtheit der beteiligten Regierungen auf Lebenszeit ernannt. „Es bleibt jedoch vorbehalten, Richter des Oberlandesgerichts Jena und ordentliche öffentliche Lehrer des Rechts oder der Staatswissenschaft an der Universität Jena für die Dauer ihres Hauptamts zu ständigen Richtern bei dem Oberverwaltungsgericht zu ernennen." (Cit. Staatsvertrag über Errichtung eines gemeinschaftlichen obersten Verwaltungsgerichts vom 15. Dezember 1910, Art. 3.)

tungsgerichtes zu wählen. Da die Verwaltungsrichter die Garantien richterlicher Unabhängigkeit genießen, können sie, wenn sie Berufsrichter sind, aus ihrem Amte nicht anders entfernt werden, als die Mitglieder der ordentlichen Gerichte. Für die Verwaltungsrechtsprechung in den mittleren und unteren Instanzen bestehen nur in wenigen Staaten (Oldenburg, Anhalt, Sachsen-Meiningen, Lippe, Schwarzburg-Sondershausen usf.) besondere Verwaltungsgerichte.[24] In allen übrigen Staaten werden die Verwaltungsstreitsachen auf diesen Stufen durch Verwaltungsbehörden als Verwaltungsgerichte in einem besonderen Verfahren, dem Verwaltungsstreitverfahren, erledigt.[25] In Bayern und Württemberg sind die normalen Organe der inneren Verwaltung hierzu berufen (Bayrische Distrikts-Verwaltungsbehörden und die Kammern des Innern der Kreisregierungen; Württembergische Kreisregierungen), die jedoch zu diesem Behufe (mindestens auf der mittleren Stufe) kollegial organisiert werden.[26] In Preußen, Baden und Hessen ist diese Aufgabe Kollegien von „Ehrenbeamten" (oben S. 95) unter dem Vorsitz des zuständigen Staatsbeamten anvertraut (in Preußen den Kreis-[Stadt-] und Bezirksausschüssen, in Baden den Bezirksräten, in Hessen den Kreis- und Provinzialausschüssen).[27] Den Vorsitzenden dieser Kollegien ist regelmäßig zur Wahrung des öffentlichen Interesses das Recht eingeräumt, die von diesen Kollegien gefällten Urteile selbständig bei der höheren

[24] Auch bei der Besetzung dieser mittleren und unteren Gerichte steht z. B. in Anhalt, Oldenburg und Schwarzburg-Sondershausen dem Landtag das Recht zu, zwei der Mitglieder zu wählen.

[25] In Preußen wird von dem Verwaltungsstreitverfahren scharf getrennt das Beschlußverfahren, das bei der Erledigung reiner Verwaltungssachen vor denselben Behörden zur Anwendung kommt. Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Beschlußverfahren", I² S. 273.

[26] Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, Art. 30, 31. Württemberg. Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Art. 7. An der Beurteilung wasserrechtlicher Streitigkeiten müssen in den württembergischen Kreisregierungen fünf Mitglieder teilnehmen; für diese Fälle ist jede Kreisregierung durch Berufsrichter verstärkt worden. Württemb. Wassergesetz von 1900, Art. 113.

[27] Auch in Anhalt, das im übrigen auf der mittleren und oberen Stufe besondere Verwaltungsgerichte organisiert hat, wird auf der unteren Stufe (Kreisverwaltungsgericht) die Verwaltungsrechtsprechung durch Selbstverwaltungsorgane (Kreis- bzw. Stadtausschuß) ausgeübt.

Instanz durch Einlegung der Berufung oder Revision anzufechten.[28]

Neben diesen allgemeinen Verwaltungsgerichten besitzen einzelne Staaten noch Spezialverwaltungsgerichte für die Beurteilung besonders gearteter Verwaltungsstreitsachen, z. B. bergrechtlicher, landwirtschaftlicher Streitigkeiten usw.[29] Als Spezialverwaltungsgerichte dieser Art (Sonderverwaltungsgerichte) sind auch die Schätzungskommissionen zu betrachten, denen von den Expropriationsgesetzen die Feststellung der Enteignungsentschädigung übertragen ist.[30]

2. Die Hauptaufgabe der Verwaltungsgerichte besteht darin, über die Gesetzmäßigkeit von Verwaltungsakten zu befinden. Daraus folgt, daß die Verwaltungsgerichte erst angerufen werden können, nachdem die Verwaltungsbehörden in einer bestimmten Angelegenheit eine Verfügung erlassen haben. Einzelne Gesetze schreiben sogar vor, daß der Bürger mit seiner Beschwerde den ganzen Instanzenzug der Verwaltung müsse durchlaufen haben, bevor er sich um Schutz an das Verwaltungsgericht wenden dürfe.[31] Die Verwaltungsstreitsachen des deutschen Rechtes sind somit regelmäßig „nachträgliche Verwaltungsstreitsachen".[32] Nur

[28] Preuß. Landesverwaltungsgesetz §§ 82, 83, 93. Bad. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 32. Verwaltungsgerichtsgesetz für Anhalt, § 49. Hessisches Verwaltungsrechtspflegegesetz Art. 70.

[29] Göz, Württ. Staatsrecht S. 164. Über die Bergausschüsse des preuß. Rechts: Bitters Handwörterbuch der preuß. Verw., Art. „Bergausschuß" Bd. I² S. 242.

[30] Insbesondere sind die im Hamburgischen Expropriationsgesetz vom 27. April 1899, §§ 16ff., 29, 31, vorgesehenen Schätzungskommissionen echte Verwaltungsgerichte. Sie sind nicht etwa „besondere Gerichte" im Sinne des R.-Ger.-Verf.-Ges. § 14, die einer besonderen reichsrechtlichen Zulassung bedurft hätten, wie das Hamburg. Landgericht unrichtig angenommen hat (Jahrbuch d. Verw.-R. V 2 S. 340). Streitigkeiten über die Enteignungsentschädigung sind keine „bürgerlichen" Rechtsstreitigkeiten, sondern solche des öffentlichen Rechts. Das Urt. d. Reichsgerichts in Zivilsachen v. 10. März 1911 (Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 75, S. 428) hält die Schätzungskommission für eine Verwaltungsbehörde. Hartmann in der DJZ. XVI 848.

[31] Württemberg. Verw.-Rechtspflegegesetz, Art. 59. Verw.-Rechtspflegegesetz für das Königreich Sachsen, § 73, Ziff. 1; Braunschweig. Verw.-Rechtspflegegesetz, § 8 („unter Ausfall jedoch der Beschwerde an das Staatsministerium").

[32] Otto Mayer I S. 180.

ausnahmsweise und nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift sind die Verwaltungsgerichte berufen, an Stelle der Verwaltungsbehörden zu handeln („ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen"); so kann nach dem Rechte einzelner Staaten eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis (GewO. § 53) nur durch verwaltungsgerichtlichen Spruch zurückgenommen werden.[33]

Der Gesetzgeber besitzt die Möglichkeit, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nach zwei verschiedenen Methoden zu umschreiben: mit Hilfe einer Generalklausel oder aber nach der Enumerationsmethode. Stellt das Gesetz einen allgemeinen Grundsatz auf, der dem Bürger das Recht einräumt, den Schutz der Verwaltungsgerichte gegen jeden beliebigen Akt der Verwaltungsbehörden anzurufen,[34] so spricht man von einer Generalklausel. Erklärt es aber, eine Anrufung des Verwaltungsgerichtes sei nur in den vom Gesetze einzeln (limitativ) aufgezählten Fällen zulässig, so ist es nach der Enumerationsmethode geformt. Die Generalklausel begründet eine allgemeine verwaltungsgerichtliche Kontrolle über alle Zweige der öffentlichen Verwaltung und gewährleistet einen gerichtlichen Schutz gegen jede von den Verwaltungsbehörden begangene Rechtsverletzung. Die Enumerationsmethode bringt die unvollkommenere Lösung des Problems; sie steht aber auch insofern hinter der Generalklausel zurück, als sie den Gesetzgeber zwingt, sich beim Erlaß jedes neuen Verwaltungsgesetzes darüber schlüssig zu machen, welche der Streitigkeiten, die sich bei der Anwendung des neuen Gesetzes ergeben können, er dem Verwaltungsgerichte zur Beurteilung zuweisen will. Die Enumerationsmethode besitzt andererseits einen Vorzug, der sie jeder Regierung, namentlich bei der ersten Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, empfiehlt: sie schafft von vornherein Klarheit darüber, wie weit die Verwaltung unter eine gerichtliche Kontrolle zu stehen kommt und ermöglicht es

---

[33] Landmann, Gewerbeordnung, I[6] S. 537.

[34] So verfährt das Österreichische Gesetz vom 22. Okt. 1875, betr. die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, § 2: „Der Verwaltungsgerichtshof hat in allen Fällen zu erkennen, in denen Jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet . . . ." Vgl. Tezner, System d. österreich. Verwaltungsrechtsprechung (Grünhuts Zeitschr. Bd. 39, S. 418).

so dem Gesetzgeber, Materien vorwiegend verwaltungstechnischer Natur definitiv bei den Verwaltungsbehörden zu belassen.[35]

Keines der deutschen Gesetze hat die Kompetenz der Verwaltungsgerichte ausschließlich mit einer Generalklausel umschrieben. Die Gesetze, die eine Generalklausel kennen, nehmen davon regelmäßig bestimmte Kategorien von Verwaltungsstreitsachen aus und weisen diese entweder ganz den Verwaltungsbehörden oder einem besonderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu. Unter den deutschen Gesetzen hat von der Generalklausel den umfassendsten Gebrauch gemacht das Recht des Königreichs Württemberg und das Recht des Königreichs Sachsen. In diesen beiden Staaten besitzt der Bürger, der sich durch eine Verfügung der Verwaltungsbehörden verletzt glaubt, die Befugnis, mit der „Rechtsbeschwerde" (Württemberg) oder der „Anfechtungsklage" (Sachsen) sich an das oberste Verwaltungsgericht zu wenden.[36] Durch eine ähnliche generelle Ermächtigung ist in Preußen und Baden der Bürger in den Stand gesetzt, polizeiliche Verfügungen und Verfügungen der Steuerbehörden (bei der Erhebung der direkten Steuern) beim Verwaltungsgerichte anzufechten[37] — während die Verwal-

---

[35] v. Seydel, Bayr. Staatsrecht I S. 588.

[36] Württemberg. Verwaltungsrechtspflegegesetz, Art. 13: „Außerdem entscheidet der Verwaltungsgerichtshof vorbehältlich der hienach bezeichneten Ausnahmen über Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn Jemand, sei es eine einzelne Person, ein Verein oder eine Korporation, behauptet, daß die ergangene auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet, und daß er hiedurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei. — Ausgeschlossen ist diese Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind." Ebenso Württemberg. Einkommensteuergesetz von 1903, Art. 64. Kgl. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz, §§ 73, 76. Vgl. auch Gesetz Anhalts, die Verwaltungsgerichte betr., § 3.

[37] Preußen: Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 127, und Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Beschwerde bei direkten Steuern", I² S. 277. Baden: Verwaltungsrechtspflegegesetz, § 4, und Gesetz vom 6. August 1900, das Verfahren bei der Veranlagung zu den direkten Steuern betr. (Veranlagungsgesetz) § 28. Im übrigen findet sich die Aufzählung der den Verwaltungsgerichten zugewiesenen Verwal-

tungsgerichtsgesetze dieser beiden Staaten im übrigen nach der Enumerationsmethode gebildet sind. Die Gesetze aller anderen deutschen Staaten (Bayern, Hessen, Braunschweig, Oldenburg usf.) haben sich vorbehaltlos der Enumerationsmethode angeschlossen.[38] Sie beschränken demgemäß die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auf die Beurteilung bestimmter Arten einzeln aufgezählter Verwaltungsstreitsachen. Ist eine Streitsache in dem Gesetzeskatalog nicht aufgenommen, so bleibt den Bürgern jeder verwaltungsgerichtliche Schutz versagt.[39]

3. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland ist dem Bestreben entsprungen, die subjektiven (privaten oder öffentlichen) Rechte der Bürger (Eigentum, persönliche Freiheit, Wahlrecht usf.) zu schirmen gegen Irrtum und Mißbrauch der Verwaltungsbehörden. Allen deutschen Verwaltungsgerichtsgesetzen gilt deshalb auch heute noch als Hauptaufgabe der Schutz subjektiver Rechte der Bürger.[40] Allein in steigendem

tungsstreitsachen für Baden im VerwRPflGesetz §§ 2, 3 und für Preußen im Zuständigkeitsgesetz vom 1. Aug. 1883; s. auch „Die Zuständigkeit der preußischen Verwaltungsgerichts- und Beschlußbehörden", zusammengestellt vom Bureau des K. Oberverwaltungsgerichts, 1911, Nachtrag 1913

[38] Vgl. z. B. Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, Art. 8: „Verwaltungsrechtssachen" (d. i. Verwaltungsstreitsachen) im Sinne dieses Gesetzes sind alle bestrittenen Rechtsansprüche und Verbindlichkeiten in nachbenannten Angelegenheiten: . . . . . ." Hessisches Verwaltungsrechtspflegegesetz Art. 17, 38, 131—133.

[39] Dem oben im Text erwähnten formellen Nachteil der Enumerationsmethode sucht das Oldenburgische Gesetz, betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit, so weit als möglich zu begegnen durch die Vorschrift, § 53: „Die Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auf weitere als die in den §§ 16—51 aufgeführten Angelegenheiten erfolgt im Verordnungsweg . . ." Ebenso Braunschw. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 17. Hessisches Verwaltungsrechtspflegegesetz Art. 20.

[40] Vgl. Art. 13 des Württemberg. Verwaltungsrechtspflegegesetzes oben Anm. 36.. Preußisches Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 127: „. . . . Die Klage (gegen polizeiliche Verfügungen) kann nur darauf gestützt werden: 1. daß der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechtes, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletze; 2. daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden." Ebenso Staatsvertrag betr. Thüring. Oberverwaltungsgericht Art. 16 (Anfechtungsklage). Bayr. Ver-

Maße hat sich die Überzeugung Bahn gebrochen, daß der Schutz der objektiven Rechtsordnung ein ebenso wichtiges Anliegen der Verwaltungsrechtsprechung sein muß. Dieser Gedanke hat praktische Gestalt gewonnen in der Zulassung eines Vertreters des öffentlichen Interesses im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in der Anerkennung von Popularklagen (vgl. unten S. 253) und endlich (im Rahmen der nach der Enumerationsmethode angelegten Gesetze) in der ausdrücklichen Erstreckung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit auf den Schutz von Rechtsnormen, die keine subjektiven Rechte der Bürger begründen.[41]

4. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bricht an dem Punkte ab, an dem das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden beginnt. Man faßt diesen Gedanken in der bekannten Formel zusammen, Ermessensfragen unterstünden nicht der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte; das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden sei unüberprüfbar. Die Gesetze Bayerns, Württembergs und Badens haben dies ausdrücklich hervorgehoben;[42] in gleichem Sinne sind aber auch die Verwaltungsgerichtsgesetze der Staaten auszulegen, die eine entsprechende Vorschrift nicht enthalten, wohl aber den Satz aufstellen, die Verwaltungsgerichte seien auf eine Prüfung darüber beschränkt, ob ein angefochtener Verwaltungsakt das bestehende Recht nicht oder nicht richtig angewendet habe.[43] Denn das Verwaltungsgericht ist seinem

---

waltungsgerichtsgesetz, Art. 8, s. oben Anm. 38. Reger-Dyroff, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, 4. Aufl., S. 193ff. Braunschweig. Gesetz, betr. die Verwaltungsrechtspflege, § 9. O. Bühler, Die subjektiven öffentl. Rechte u. ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1913.

[41] Vgl. z. B. Preuß. Zuständigkeitsgesetz vom 1. Aug. 1883, § 15, 17. Parey, Rechtsgrundsätze des Preuß. Oberverwaltungsgerichts, 4. Aufl., II S. 1251, Nr. 292.

[42] Für Württemberg vgl. oben Anm. 36, Bayrisches Verwaltungsgerichtsgesetz, Art. 13: „Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs erstreckt sich nicht .... 3. auf Angelegenheiten und Fragen, in welchen die Verwaltungsbehörden nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind . . . .“ Baden, Verwaltungsrechtspflegegesetz, § 4, Absatz 4.

[43] Dies bestimmt vor allem das Verwaltungsrechtspflegegesetz für das Königr. Sachsen, § 76. Vgl. dazu Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. I S. 64 Nr. 36. Apelt, K. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz, 2. Aufl., S. 279ff. Über Preußen s. oben Anm. 40. — Über die Lehre von dem „unüberprüfbaren Ermessen“ der Verwaltungsbehörden s. die Literaturangaben oben S. 132, Anm. 1, ferner

historischen Ursprung und seiner ganzen Anlage nach nicht Oberverwaltungsbehörde, sondern Rechtsschutzorgan. Daraus folgt aber andererseits, daß die Entscheidung darüber, ob und wie weit Raum für ein freies Ermessen vorhanden gewesen ist, d. h. ob die Verwaltungsbehörde nach freiem Ermessen hat handeln dürfen und ob sie dabei die ihr gezogenen Schranken nicht überschritten hat, durch Normen des Gesetzes bestimmt wird und daher der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung untersteht.[44] Ob Ermessensmißbrauch oder Ermessensüberschreitung vorliegt, ist nicht selbst wieder Ermessensfrage, sondern Rechtsfrage.[45] Unüberprüfbar allein ist somit für das Verwaltungsgericht, ob in einem konkreten Fall eine Maßregel der Verwaltungsbehörde geboten oder zweckmäßig gewesen ist.[46] Soweit dagegen das Verwaltungsgericht durch das Gesetz an keine derartige Schranke

---

Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 6ff. Reger-Dyroff, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, S. 374. Rudolf von Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910. Apelt, K. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz S. 289ff. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 114ff. Vgl. auch oben S. 133.

[44] v. Laun, Das freie Ermessen S. 47ff., will scheiden zwischen gesetzlich gebundenem Ermessen und freiem Ermessen im engeren Sinn. Allein dabei handelt es sich nicht um zwei verschiedene Arten des Ermessens, sondern nur um Gradunterschiede. Vgl. oben S. 132. Thoma im Verw.-Arch. XX 451.

[45] Beispiele: Das Verwaltungsgericht darf prüfen, ob eine polizeiliche Anordnung polizeilichen und nicht etwa fiskalischen Motiven entsprungen ist; ferner ob die polizeiliche Einschränkung der persönlichen Freiheit nicht das gesetzliche Maß überschreitet. Vgl. dazu Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 30, S. 313 und Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. III S. 199. Ferner Fleiner, Staatsrechtliche Gesetze Württembergs, S. 496, Anmerk. 3 Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. Bd. I, S. 64, Nr. 36. Thoma im Verw.-Arch. XX 451.

[46] Beispiele: Die Bedürfnisfrage bei der Errichtung neuer Wirtschaften (Gewerbeordnung § 33) ist endgültig von der Verwaltungsbehörde zu beantworten, sofern das maßgebende Verwaltungsgerichtsgesetz nicht ausdrücklich auch diese Seite der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung unterstellt hat. Landmann, Gewerbeordnung I[6] S. 330. Ob ein Einspruch der Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung eines politischen Vereins in das Vereinsregister als zweckmäßig erscheint, hat, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, das Verwaltungsgericht nicht zu überprüfen; es ist auf eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Einspruchs beschränkt. Entsch. des Preuß. OVG. v. 1. März 1901 (Reger XXI S. 172; XXII S. 247). v. Tuhr, Allg. Teil I S. 485ff., insbes. S. 489.

gebunden worden ist, hat es angefochtene Verwaltungsakte nicht bloß auf ihre Recht-, sondern auch auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen.[47] Am weitesten gehen nach dieser Richtung die Gesetze, welche den Betroffenen die Möglichkeit gewähren, die Feststellung, daß eine Zwangsenteignung vom öffentlichen Wohl gefordert wird, der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zu unterstellen.[48] — Endlich aber ist die verwaltungsgerichtliche Kompetenz noch nach einer anderen Seite hin ausgebaut worden. Einzelne Staaten (z. B. Braunschweig) haben ganz allgemein, andere (z. B. Preußen, Baden, Lippe) wenigstens für das Gebiet der Polizeiverfügungen dem Kläger (Beschwerdeführer) die Befugnis erteilt, eine Verfügung der Verwaltungsbehörde auch mit der Behauptung anzufechten, die tatsächlichen Voraussetzungen seien nicht vor-

[47] Das ältere Badische Recht weist zahlreiche Beispiele auf; vgl. Weizel, Das Bad. Gesetz vom 5. Oktober 1863 S. 170, 195. Ferner sei verwiesen auf das Recht Preußens, des Königreichs Sachsen, Oldenburgs, Hessens. Vgl. z. B. Preuß. Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 §§ 56, 66; ferner Preuß. Gesetz betr. die Vorausleistungen zum Wegebau, v. 18. August 1902, §§ 5, 6 (Beurteilung von Anträgen auf Festsetzung von Vorausleistungen „nach freiem, billigem Ermessen"). —Kgl. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 73, Ziff. 4; § 76, Abs. 3 (Prüfung der Frage, ob der Einspruch gegen die Eintragung eines politischen Vereins in das Vereinsregister zweckmäßig gewesen sei; Urt. des Kgl. Sächs. OVG. v. 30. Mai 1907, Jahrb. des Kgl. Sächs. OVG. XI 53; Apelt, Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz S. 250). Über Oldenburg vgl. Schultzenstein, im Verwaltungsarchiv, XIII 331 und XIV 441. Hessische Verw.-R.-Pfl.-G. Art. 133, Ziff. 4, 7, 9.

[48] Das Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, Art. 8, Ziff. 10, erstreckt in Expropriationssachen die Kompetenz der Verwaltungsgerichte auch auf die Beurteilung der Frage, „ob das betreffende Unternehmen vom gemeinen Nutzen erfordert werde". Reger-Dyroff, Bayr. Verw.-Ger.-Ges. S. 228. Laforet, Bayr. Zwangsabtretungsgesetz, 1910, S. 79. Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse S. 25. Dieselbe Kompetenz besitzen die Verwaltungsgerichte in Sachsen-Meiningen und Lippe. S. nämlich Gesetz, betr. das Verwaltungsstreitverfahren für Sachsen-Meiningen, Art. 10, Ziff. 7; Gesetz für Lippe, betr. die sachl. Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, § 1, Ziff. II. Das zitierte Gesetz für Meiningen weist den Verwaltungsgerichten in Art. 10, Ziff. 6 auch die Beurteilung von Streitigkeiten darüber zu, „ob bestehende Wege, Brunnen und Wasserleitungen, Kanäle, Abzüge u. dergleichen Anlagen, welche zu allgemeinen Zwecken dienen, der Gemeinde oder dem großen Publikum notwendig und dem öffentlichen Gebrauch zu überlassen seien . . ." Vgl. auch Preuß. Zuständigkeitsgesetz § 47.

handen gewesen, welche die Behörde zum Erlaß einer Verfügung des gerügten Inhaltes berechtigt hätten.[49]

Ist das Verwaltungsgericht zur Beurteilung einer konkreten Verwaltungsstreitsache zuständig, so hat es die Tat- und Rechtsfragen des Falles selbständig zu würdigen.[50] Die Kompetenz der Verwaltungsgerichte darf nicht verwechselt werden mit der des Reichsgerichtes. Das Reichsgericht ist auf eine revisio in iure beschränkt und daher im allgemeinen an den von den unteren Instanzen festgestellten Tatbestand gebunden. Die Verwaltungs-

[49] Verwaltungsrechtspflegegesetz für Braunschweig, § 9. Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 127, s. oben Anm. 40. Bad. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 4, Abs. 2. Gesetz für Lippe, betr. die sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte von 1898, § 1, Ziff. XIV. Staatsvertrag betr. Thüringisches Oberverwaltungsgericht Art. 16, Ziff. 2, litt. b. Faktisch ist auch das Königreich Sachsen (Anfechtungsklage) hierher zu zählen. Nach § 76, Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes „unterliegen auch die tatsächlichen Feststellungen der Nachprüfung des Oberverwaltungsgerichts, soweit sie auf die rechtliche Beurteilung der Sache von Einfluß sind." Diese Vorschrift bietet dem Oberverwaltungsgericht eine Handhabe, auch die tatsächlichen Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes zu prüfen. Vgl. z. B. Urt. des Kgl. Sächs. OVG. vom 7. Nov. 1906 (Jahrb. des Kgl. Sächs. OVG. X S. 25). Beispiele: Prüfung der Frage, ob bestimmte Tatsachen vorhanden waren, aus denen die Verwaltungsbehörde habe den Schluß ziehen dürfen, es liege kein Bedürfnis für die Errichtung einer neuen Wirtschaft vor; ob bestimmte Tatsachen die Behörde zu der Annahme berechtigt haben, die öffentliche Sicherheit sei gestört oder gefährdet usf. Apelt, Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz S. 283ff.

[50] Daher steht dem Verwaltungsrichter eine selbständige Prüfung darüber zu: ob ein Gebäude „zum öffentlichen Dienst bestimmt", daher steuerfrei ist (Entscheidungen d. Preuß. OVg Bd. 59, S. 41); ob ein „zweifelhafter Fall" im Sinne des Impfgesetzes § 2 Abs. 2 vorliegt (a. a. O. Bd. 61, S. 223); ob die Veranstaltung eines Reitvereins eine steuerpflichtige „Lustbarkeit" ist (a. a. O. Bd. 62, S. 282); welches der „gemeine Grundstückswert" ist (a. a. O. Bd. 55, S. 113 und Preuß. Verw. Bl. XXXIV 113); ob eine Reklametafel die Landschaft verunstaltet (DJZ XVI 1202ff.) u. a. m. Eine der verwaltungsgerichtlichen Prüfung unterliegende Rechtsfrage ist ferner, ob die wesentlichen Vorschriften über das Verfahren beobachtet worden sind. Dies wird ausdrücklich hervorgehoben in dem Kgl. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 76, Ziff. 2. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. Ob.-Verw.-Ger. I S. 64, Nr. 37. Apelt, Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz S. 293. Vgl. dazu oben S. 242. Schultzenstein, Berichtigung tatsächlicher Anführungen im Verwaltungsstreitverfahren (Verw. Arch. XX 39).

gerichte dagegen haben, bevor sie zu einer Prüfung der Rechtsanwendung übergehen, den Sachverhalt jeder Streitsache von Amtes wegen festzustellen, m. a. W. die Tatsachen zu prüfen, auf die der Kläger seinen Rechtsanspruch gegen die öffentliche Verwaltung gründet.[51] Im Verwaltungsstreitverfahren gilt die Untersuchungs-, nicht die Verhandlungsmaxime; die Gerichte sind bei der Erforschung des Sachverhaltes nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden. Eine Beschränkung der Verwaltungsgerichte auf eine revisio in iure stellt eine Ausnahme von der Regel dar; sie greift nur auf Grund besonderer gesetzlicher Anordnung Platz.[52]

5. Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ist in den Grundzügen dem Zivilprozesse nachgebildet, im übrigen aber den besonderen Aufgaben des Verwaltungsstreitverfahrens angepaßt.[53] Die

---

[51] Z. B. ob bei einem Versicherten infolge der Krankheit Erwerbsunfähigkeit eingetreten sei. Preuß. OVG. v. 17. April 1902 (Reger XXII 389); ob ein Grundstück Vorteil von einer neuen Straße hat und daher beitragspflichtig wird (Urt. des Kgl. Sächs. OVG. v. 1. März 1902; Jahrbücher II 79). Selbstverständlich hat es der Gesetzgeber in der Hand, die Verwaltungsgerichte in bestimmten Fällen an die tatsächlichen Feststellungen der Verwaltungsbehörden zu binden. So ist in Preußen, Baden und Württemberg das Verwaltungsgericht bei der Beurteilung von Steuerrekursen an die Taxation der Verwaltungsbehörden gebunden. Entsch. des Preuß. OVG. in Staatssteuersachen, Bd. II S. 104 und VII S. 182. Göz, Württemb. Einkommensteuergesetz S. 257. Emil Zimmermann, Bad. Einkommensteuergesetz S. 185. Ferner ist in Baden die Feststellung der zuständigen Verwaltungsbehörde, daß ein Weg ein öffentlicher sei, gemäß Bad. Straßengesetz von 1884 § 37, litt. b. der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung entzogen. Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 14, 1144.

[52] Das trifft z. B. in Preußen zu für die Verwaltungsstreitsachen, die in zweiter Instanz durch Endurteil der Bezirksausschüsse (als Berufungsgerichte) erledigt worden sind und sodann durch das Rechtsmittel der Revision an das Oberverwaltungsgericht weitergezogen werden können. Preuß. Landesverwaltungsgesetz v. 1883, § 94. Kamptz, Rechtsprechung des preuß. OVG. Bd. IV S. 1379, Nr. 4. Bartels, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, 1907, S. 26ff. Urt. des Preuß. OVG. v. 12. Oktober 1906 u. 19. Oktober 1911 (Entsch. Bd. 49, S. 445; Bd. 60, S. 145). Ähnlich ist das Rechtsmittel der Revision gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile ausgestaltet im Hessischen Verw.-RPflG. Art. 85 und im Staatsvertrag betr. das Thüringische Oberverwaltungsgericht Art. 15.

[53] Vgl. die Literaturangaben bei Parey, Rechtsgrundsätze des Preuß. OVG. II S. 1172. Friedrichs, Die Besonderheiten des Preuß. Ver-

Anrufung der Verwaltungsgerichtsinstanzen hemmt im allgemeinen die Vollziehung der angefochtenen Verfügung, und dieselbe aufschiebende Wirkung kommt den übrigen Rechtsmitteln des Verwaltungsstreitverfahrens (Berufung, Revision) zu.[54] Auch für den Verwaltungsrichter gilt der Satz: ne procedat iudex ex officio. Es haben ferner die Verwaltungsgerichte ihre Kompetenz von Amteswegen zu prüfen.[55] Die Zuständigkeit zur Beurteilung der Hauptsache zieht die Kompetenz zur Beurteilung der „Vorfragen"[56] nach sich, auch wenn diese einem andern Rechtsgebiete (Zivil- oder Strafrecht) angehören (s. oben S. 20). Für die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist maßgebend die juristische Natur des streitigen Rechtsverhältnisses.[57] Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten entscheidet entweder das oberste Verwaltungsgericht (z. B. in Preußen, Sachsen, Bayern)[58] oder der Kompetenzgerichtshof (z. B. in Württemberg, Baden).[59]

---

waltungsstreitverfahrens (Verw. Arch. VI 358). — Es soll im Text nur das Allerwichtigste aus dem Verwaltungsstreitverfahren hervorgehoben werden.

[54] Vgl. z. B. über das preuß. Recht: Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Aufschiebende Wirkung", Bd. I² S. 137. — Doch bleibt, wie bei der Beschwerde (oben S. 224, Anm. 17), den Verwaltungsbehörden das Recht gewahrt, die angefochtene behördliche Entscheidung trotz Einlegung des Rechtsmittels aus Gründen des öffentlichen Interesses einstweilen zu vollziehen. Z. B. Kgl. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz §§ 67, 84. Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, Art. 24.

[55] Prüfung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit. R. Oeschey, Beiträge zur Gerichtsstandslehre des bayer. Verwaltungsprozeßrechtes (S.-A. aus den Blättern f. administrative Praxis, 1909). Nach dem Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz, § 36, wird die bei einem unzuständigen Verwaltungsgericht eingereichte Klage von Amteswegen an das zuständige Gericht abgegeben. Ebenso nach dem Hessischen Verw.-RPflG. Art. 42. — Keine prorogatio fori: Parey, Rechtsgrundsätze des Preuß. OVG. II S. 1211, Nr. 125. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 16. Bad. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 10. Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. X S. 10. — Widerklage: Reger XXVIII 579.

[56] Parey, Rechtsgrundsätze des Preuß. OVG. II S. 1174, Nr. 3 u. 4.

[57] Parey, Rechtsgrundsätze des Preuß. OVG. II S. 1174, Nr. 1. S. oben S. 30.

[58] Preuß. Landesverwaltungsgesetz § 113. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 90. In Bayern werden derartige Kompetenzkonflikte nach Art. 50 des Verw.-Ger.-Ges. durch einen besonders zusammengesetzten Senat beim Verwaltungsgerichtshof („Kompetenzsenat") entschieden.

[59] Württemberg. Gesetz betr. die Entsch. von Kompetenzkonflikten

In Staaten mit einer Mehrheit hierarchisch abgestufter Verwaltungsgerichte nimmt das Gesetz regelmäßig unter den Verwaltungsstreitsachen eine Ausscheidung vor. Die einen Streitsachen können nur einmal und zwar nur vor das oberste Verwaltungsgericht gebracht werden, nachdem sie zuvor im reinen Verwaltungsverfahren erledigt worden sind.[60] Die Streitsachen der anderen Kategorie dagegen müssen nur eine beschränkte Zahl von Verwaltungsinstanzen durchlaufen haben, bevor sich für sie das Verwaltungsstreitverfahren öffnet. In diesem muß zunächst die einzelne Streitsache vor die unterste Verwaltungsgerichtsinstanz gebracht werden; von dieser kann sie sodann mit Rechtsmitteln (Berufung, Revision) vor die höheren Verwaltungsgerichte weitergezogen werden.[61]

a. Jedes Verwaltungsstreitverfahren setzt zwei Parteien voraus. Rein ist dieser Grundsatz durchgeführt dort, wo vor den Verwaltungsgerichten Private gegen öffentlichrechtliche Korporationen unterhalb des Staates, oder wo öffentlichrechtliche Korporationen

---

v. 25. Aug. 1879, Art. 1, und Badisches Gesetz v. 30. Januar 1879, die Entscheidung von Kompetenzkonflikten betr., § 1.

[60] Nach dem Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, §§ 127, 128 stehen für diese Anfechtung polizeilicher Verfügungen zwei Wege offen: a. Beschwerde bei den höheren Verwaltungsbehörden und sodann gegen letztinstanzliche Bescheide der Regierungspräsidenten bzw. Oberpräsidenten die Klage beim Oberverwaltungsgericht. b. An Stelle der Beschwerde sogleich das Verwaltungsstreitverfahren, beginnend mit der Klage bei den unteren Verwaltungsgerichten. — Württemberg. Verw.-RPflG. Art. 13, 59: Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof findet, von Ausnahmen abgesehen, nur statt, „wenn die Angelegenheit innerhalb des Instanzenzugs der Verwaltungsbehörden zum Austrag gebracht ist".

[61] Nach dem Hessischen Verw.-RPflG. von 1911 wird der Hessische Verwaltungsgerichtshof nur in einer beschränkten Zahl von Fällen als erste und letzte Verwaltungsgerichtsinstanz tätig. Für die meisten Verwaltungsstreitsachen ist vorgesehen, entweder Beurteilung durch den Kreisausschuß, Berufung an den Provinzialausschuß und Revision beim Verwaltungsgerichtshof, oder aber Beurteilung durch den Provinzialausschuß und Berufung an den Verwaltungsgerichtshof. Der verwaltungsgerichtliche Instanzenzug bildet somit die Regel. — Der Natur der ganzen Organisation eines gemeinsamen Oberverwaltungsgerichts entsprechend ist auch im Verwaltungsstreitverfahren der thüringischen Staaten ein Instanzenzug vorgesehen. Vgl. den zit. Staatsvertrag betr. Thüring. Oberverwaltungsgericht Art. 15.

unter sich als streitende Teile auftreten; man spricht dann von „Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts".[62] Aber auch in den Fällen, in denen der Private gegen eine Verfügung einer Staatsbehörde vor den Verwaltungsgerichten auftritt, steht prozessual der Staat dem Kläger in der Rolle einer Partei gegenüber.[63] Denn das Verwaltungsgericht soll entscheiden, was zwischen den zwei selbständigen Rechtssubjekten, Staat und Privatmann, Rechtens ist. Einzelne Gesetze (Preußen, Baden) bringen dies auch sprachlich scharf zum Ausdruck.[64] Formell erscheint dort als Beklagter die Behörde, welche die angefochtene Verfügung erlassen hat. Anders liegen die Dinge auch nicht in den Staaten, deren Gesetze sich gescheut haben, den Staat vor den Verwaltungsgerichten in der Rolle einer Partei auftreten zu lassen. Denn auch dort ist vorgesehen, daß für die Vertretung des Staatsinteresses ein besonderer Beamter vor dem Verwaltungsgerichte erscheint, welcher „dans l'intérêt de la loi" Anträge stellt. So besitzt Bayern eine besondere Staatsanwaltschaft beim Verwaltungsgerichtshof,[65] und in den übrigen Staaten kann ein besonderer Kommissar des zuständigen Ministeriums das öffentliche Interesse vor dem Verwaltungsgerichte verteidigen.[66]

---

[62] Z. B.: Württemberg. Verwaltungsrechtspflegegesetz, Art. 10; Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 21 u. a. m.

[63] Schultzenstein, Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetze (Verwaltungsarchiv XII 112); Die Versäumung von Prozeßhandlungen der Parteien im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Gesetze v. 30. Juli 1883 (Verwaltungsarchiv XXI 369).

[64] Preuß. Landesverwaltungsgesetz § 63: „. . . . In der Klage ist ein bestimmter Antrag zu stellen, und sind die Person des Beklagten, der Gegenstand des Anspruchs, sowie die den Antrag begründenden Tatsachen genau zu bezeichnen." Bad. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 6.

[65] Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, Art. 4, 5, 41, 42, 50.

[66] Vgl. z. B. Württemberg. Verwaltungsrechtspflegegesetz, Art. 20, 43, 52. Für Preußen: Parey, Rechtsgrundsätze des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. II S. 1251 Nr. 294. Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. IV S. 1250 und Landesverwaltungsgesetz § 74. Hessisches Verwaltungsrechtspflegegesetz Art. 89, vgl. auch Art. 78. Staatsvertrag betr. Thüring. Oberverwaltungsgericht Art. 26.

Zur Klage legitimiert ist im allgemeinen nur der Untertan, in dessen Rechtskreis die angefochtene Verfügung unmittelbar eingegriffen hat (vgl. auch oben § 14).[67] Da auch die Gemeinden Gewaltunterworfene des Staates sind, so sind auch sie befugt, den verwaltungsgerichtlichen Schutz in Anspruch zu nehmen gegen Eingriffe in ihren Selbstverwaltungsbereich.[68] Dagegen besitzt eine Behörde als solche grundsätzlich das Klagerecht aus den bereits oben S. 251 angeführten Gründen nicht.[69] Von einer Ausnahme ist schon die Rede gewesen: Den Vorsitzenden der unteren Instanzen kann das Recht eingeräumt sein, im öffentlichen Interesse Berufung an die höhere Verwaltungsgerichtsinstanz einzulegen, und ein selbständiges Klagerecht besitzen Behörden naturgemäß in den Fällen, in denen das Gesetz die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten oder Kompetenzstreitigkeiten zwischen Verwaltungsbehörden der Beurteilung des Verwaltungsgerichtes unterstellt. Dritte Personen, deren Interesse durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird, können nach einigen Verwaltungsgerichtsgesetzen auf Antrag oder von Amteswegen beigeladen werden;[70] das Urteil

---

[67] Reger-Dyroff, Bayr. Verw.-Ger.-Ges. S. 446ff. und 459. Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, S. 193. Nach dem Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 73 steht die Anfechtungsklage den „Beteiligten" zu. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. I S. 61 Nr. 30; II S. 95 Nr. 17. Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. III S. 148. Apelt, Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz S. 228. S. auch Soergel, I S. 545 Nr. 70 und 564 Nr. 127, 4. In gleichem Sinne spricht von „Beteiligten" das Hessische Verw.-RPflG. Art. 17ff.; vgl. dazu die Bemerkungen von W. Best, Verwaltungsrechtspflege für Hessen S. 23. Ebenso Staatsvertrag betr. Thüring. Oberverwaltungsgericht Art. 25ff. Für Preußen: Entscheidungen des Preuß. OVG. Bd. 61, S. 175 u. dort zitierte Urteile.

[68] Vgl. oben § 6. S. auch Hessische Verw.-RPflG. Art. 70, Abs. 2.

[69] Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. I S. 60, 205. Thoma, Polizeibefehl I 16.

[70] Vgl. z. B. Preuß. Landesverwaltungsgesetz § 70. Bad. Verwaltungsrechtspflegegesetz §§ 21, 40. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 45. Oldenburg. Gesetz, betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit. § 72. Hessisches Verwaltungsrechtspflegegesetz Art. 50. Staatsvertrag betr. Thüring. Oberverwaltungsgericht Art. 36. RVO. §§ 1652, 1687. In Preußen wird der Beigeladene nicht Partei. (Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. OVG. IV S. 1252ff., insbes. 1257. Parey, Rechtsgrundsätze des Preuß. OVG. II S. 1219 Nr. 160ff. Preuß. OVG. 19. April 1912 (DJZ XVII 1534).

wirkt infolgedessen auch gegen sie. Popularklagen hingegen, d. h. Klagen, die von Personen angestrengt werden, die kein persönliches Interesse an der Sache nachzuweisen brauchen, sind nur in wenigen von den Gesetzen besonders aufgezählten Fällen zulässig.[71]

b. Aufgabe des Verwaltungsgerichtes ist es, auf Klage hin festzustellen, was zwischen Staat und Untertan in einem konkreten Falle Rechtens ist oder Rechtens sein soll. Das Gericht entscheidet, von den wenigen Fällen der sog. ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege abgesehen, ob die Verwaltungsbehörde dem Rechte gemäß verfahren ist. Daher sind im allgemeinen im Verwaltungsstreitverfahren Feststellungsklagen unzulässig.[72]

Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Beiladung", I² S. 232. Schultzenstein, Zur Beiladung (Verwaltungsarchiv XIX S. 1). In Baden wird der Beigeladene Nebenintervenient. (Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs II S. 40.) In den übrigen Staaten wird er Partei. — Über Nebenintervention im allgemeinen: Entsch. des Bad. Verw.-Ger.-H. v. 27. März 1900 (Reger XX S. 460).

[71] Beispiele: Nach dem Preuß. Zuständigkeitsgesetz von 1883, § 57, kann gegen Einziehung oder Verlegung öffentlicher Wege jeder Beliebige Einspruch erheben. Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen I S. 721. Hierher zu zählen sind auch die Einsprachen gegen die Wählerlisten für die Reichstagswahlen und gegen die Feststellung des Wahlergebnisses. Laband, Staatsrecht I⁵ S. 323, 339; vgl. auch Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 13, S. 335, Bd. 14, S. 44.

[72] D. h. es kann nicht auf abstrakte Feststellung eines Rechtsverhältnisses geklagt, sondern mit der Klage im allgemeinen nur die Aufhebung einer konkreten behördlichen Verfügung verlangt werden. Leo Vossen, Die Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß (Archiv f. öffentl. Recht XXIV S. 202). Schultzenstein, Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren (Zeitschrift „Das Recht", 1910, S. 490ff., und die dort zitierte Literatur und Judikatur). Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 23, S. 401. Reger-Dyroff, Bayr. Verw.-Ger.-Ges., 202, 582. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. II S. 90 Nr. 6. Reger XX S. 218. — Ausnahmen kommen vor: So ist nach dem Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 21, Ziff. 10, das Verwaltungsgericht berufen, auf Feststellungsklage hin auszusprechen, ob zwischen einem Kläger und einer beklagten Kasse ein Versicherungsverhältnis besteht (§ 58, Abs. 1 des Krankenvers.G. = RVO. § 405). Urt. des Kgl. Sächs. OVG. v. 28. Dez. 1907 (Jahrbücher XII 37). Ebenso läßt die Praxis in Baden eine Feststellungsklage zu, wenn der Kläger „ein rechtliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Rechtsverhältnisses durch die zuständige Behörde hat" (Urt. des Verw.-GH. v.

Seit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann der Untertan durch Richterspruch feststellen lassen, ob die Verwaltungsbehörden beim Erlasse ihrer Verfügungen dem Rechte gemäß verfahren sind. Die Verwaltungsgerichte sind somit in erster Linie zum Schutze des Bürgers eingesetzt. In den Fällen, in denen das Gesetz eine Anrufung des Gerichtes zu Gunsten des Staates für nötig gehalten, hat es (wie oben S. 252 dargestellt worden ist) bestimmten Behörden die Rechte einer Partei zugesprochen und sie dadurch in den Stand gesetzt, die Verwaltungsgerichte zum Schutze staatlicher Interessen anzugehen. Daraus ergibt sich, daß das Verwaltungsgericht eine angefochtene Verfügung nie zum Nachteil desjenigen abzuändern befugt ist, der als Kläger vor seinen Schranken auftritt (Verbot der reformatio in pejus).[73] Dieser Satz bedarf jedoch einer Einschränkung: nichtige Verwaltungsakte darf selbstverständlich auch das Verwaltungsgericht nicht als gültig behandeln. Das Verbot der reformatio in pejus gilt jedoch nicht überall in Deutschland. In einer ganzen Reihe von Staaten (z. B. Bayern, Sachsen, Oldenburg) hat der Gesetzgeber die reformatio in pejus im Verwaltungsstreitverfahren ausdrücklich für zulässig erklärt.[74]

---

5. April 1898; Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 1910; s. ferner Nr. 102, 124, 223, 224, 227, 228). Im selben Sinn Urt. d. Kgl. Sächs. OVG. 20. Juli 1911 (Jahrbücher XVII 246; Soergel V 473). Blüher, Zur Feststellungsklage in der Verwaltungsrechtspflege (Jahrbücher d. Kgl. Sächs. OVG. XVI S. 1, 97).

[73] In diesem Sinn: Preuß. Landesverwaltungsgesetz § 79. Jacob im Preuß. Verw.-Bl. XXXI 155 (Erhöhung des Steuersatzes im Rechtsmittelverfahren, in dem der Pflichtige als Kläger auftritt, ist ausgeschlossen). — Braunschw. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 32. Zft. f. Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig Bd. 56, Beil. S. 7. — Verw.-Ger.-Ges. für Anhalt § 46 u. Verw.-Ger.-Ges. f. Sachsen-Koburg-Gotha § 31. Soergel, I S. 280, Nr. 114; S. 402, Nr. 82, 3. Urt. des Reichsversicherungsamts vom 7. Dez. 1907 (Reger XXVIII, Beilage S. 8). Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. OVG. IV S. 1369. Schultzenstein, Rechtskraft und reformatio in pejus im preuß. Verwaltungsstreitverfahren (Verwaltungsarchiv XI S. 365). Emil Frhr. v. Boecklin, Zum Verbot der reformatio in pejus im deutschen Verwaltungsstreitverfahren, Dissertation, Freiburg i. B. 1911 (daselbst die weitere Literatur). Über reformatio in pejus im Beschwerdeverfahren siehe oben § 14, S. 226.

[74] Bayr. Verw.-Ger.-Ges. Art. 36, Abs 4 (Reger-Dyroff, Verw.-Ger.-Ges. S. 522). Staatsvertrag betr. Thüring. Oberverwaltungsger. Art. 37.

c. Das Urteil[74a] ergeht stets nur zwischen den am Streitverfahren beteiligten Parteien und ihren Rechtsnachfolgern — soweit eine Rechtsnachfolge vom öffentlichen Recht anerkannt ist (oben S. 142).[75] Es hat lediglich auszusprechen, was für das konkrete im Streite liegende Verhältnis Rechtens ist;[76] weiter reicht seine

---

In der Regel wird aber vom Gesetzgeber die reformatio in pejus ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß ein „öffentliches Interesse" vorliegt: Kgl. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 25. (Vgl. damit Urt. des Kgl. Sächs. OVG. v. 17. Juni 1908 und 11. Dez. 1911 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. XII S. 210, XVIII S. 138); in dem zuletzt genannten Urteil wird mit Grund hervorgehoben, die Tatsache allein, daß der Bürger nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts zu niedrig besteuert worden sei, rechtfertige die reformatio in pejus nicht; denn diese setze ein „öffentliches Interesse" voraus, ein solches fehle aber in der Regel bei der Erhebung von Geldforderungen. S. ferner Apelt, Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz S. 138. Oldenburg. Ges. ü. d. Verwaltungsgerichtsbarkeit § 83. Hess. Verw.-R.-Pfl.-G. Art. 72: „Soweit eine Angelegenheit das öffentliche Interesse berührt, kann eine angefochtene Entscheidung auch zum Nachteil desjenigen geändert oder aufgehoben werden, der das Rechtsmittel eingelegt hat." Vgl. ferner Art. 92.

[74a] Im allgemeinen schließen die deutschen Gesetzgebungen Teilurteile aus; Zwischenurteile sind nur ausnahmsweise zulässig. Preuß. OVG. 21. September 1911 (Entscheidungen Bd. 60, S. 111, 113). Reger-Dyroff, Bayr. VerwGerichtsgesetz S. 420ff. Apelt, Sächs. VerwRPfl.-Gesetz II S. 139. Der Streit soll im allgemeinen durch ein Verfahren und ein Endurteil zum erschöpfenden Abschluß gebracht werden.

[75] Parey, Rechtsgrundsätze des Preuß. OVG. II S. 1246 Nr. 279ff. Reger-Dyroff, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz S. 493. — Daher wirkt nach preußischem Recht ein verwaltungsgerichtliches Urteil, in welchem über die Öffentlichkeit eines Weges entschieden wird, nur inter partes. Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 662.

[76] Urteilsunterlage bildet der im Laufe des Verwaltungsstreitverfahrens festgestellte Tatbestand und zwar in der Gestalt, in der er sich zur Zeit des Erlasses des Urteils befindet. Schultzenstein, Zur Urteilsunterlage im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetze (Verwaltungsarchiv XXI 1ff.). Bei der Anwendung des Rechts auf diesen Tatbestand kann eine Schwierigkeit dann entstehen, wenn nach dem Erlaß der Verfügung der Verwaltungsbehörde, aber vor der Fällung des verwaltungsgerichtlichen Urteils neues Recht in Kraft getreten ist. Ob das Verwaltungsgericht dieses neue Recht oder aber das Recht, wie es zur Zeit des Erlasses der Verfügung gegolten hat, anwenden muß, hängt von der Natur der einzelnen Streitsache ab. Bezweckt z. B. eine Klage eine Feststellung darüber, ob der Kläger die persön-

Geltung nicht.[76a] Nur ausnahmsweise kann nach dem Willen des Gesetzes eine Entscheidung (z. B. bei Statusklagen, Wahlen) Wirkung inter omnes erlangen.[77]

Die Gesetze der verschiedenen Staaten enthalten besondere Bestimmungen darüber, welche Wirkung eintritt, wenn das Verwaltungsgericht eine angefochtene Verfügung aufhebt: ob es selbst eine neue materielle Anordnung in der Sache zu treffen,[78]

---

lichen Erfordernisse für eine bestimmte Gewerbeausübung besessen hat, so hat das Verwaltungsgericht die die Polizeierlaubnis versagende Verfügung an Hand des Rechts zu prüfen, wie es damals gegolten hat, nicht wie es seither neugestaltet worden ist, und demgemäß hat das Gericht sein Urteil auf Grund des alten Rechts zu fällen. Zielt dagegen die Klage z. B. darauf ab, Existenz und Umfang der Pflicht zur Unterhaltung eines Weges pro futuro feststellen zu lassen, so ist das Recht, das zur Zeit der Urteilsfällung gilt, allein maßgebend. Schultzenstein, Verwaltungsstreitverfahren und neues Recht (DJZ. XVIII 775). Kgl. Sächs. OVG. 20. März 1912 (Jahrbücher XVIII S. 289, Reger XXXIII 239). S. oben § 5, S. 89.

[76a] Die Entscheidungsgründe nehmen an der bindenden Kraft des Urteils nicht teil. Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. OVG. IV S. 1355 Nr. 4. Reger, Bd. 31, S. 121. Wenn daher in den Motiven des Urteils zivilrechtliche Vorfragen beantwortet werden, so wird ein solcher Ausspruch nicht „rechtskräftig". Die Urteile der Verwaltungsgerichte ergehen „unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse". (Bad. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 1.) Ebenso verhält es sich in den Fällen, in denen die Verwaltungsgerichte öffentlichrechtliche Vorfragen zu beurteilen haben. So tritt nach preuß. Recht das Bedenken, ob ein Weg ein öffentlicher sei, stets als „Vorfrage" auf bei der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung über die Anlieger-Beitragspflicht u. a. m. Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 660. Bad. Verw.-G.-H. 9. Januar 1912 (Badische Rechtspraxis 1912, S. 134). Rechtsprechung d. Bad. Verw.-G.-H. III Nr. 247. S. auch Urt. d. Bayr. Verw.-G.-H. 30. Dez. 1910, 24. März 1911. (Reger XXXI 121, 123.)

[77] Preuß. OVG. v. 4. Okt. 1892 (Entsch. Bd. 23, S. 163). Ferner Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. OVG. IV S. 1352 und Parey, Rechtsgrundsätze II S. 1247 Nr. 283; S. 1249 Nr. 285. Reger-Dyroff, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz S. 494 und dort zitierte Urteile. Auch Entscheidungen über die Zugehörigkeit zu einem Versicherungsverbande kommt diese weiterreichende Wirkung zu; sie stellen einen versicherungsrechtlichen Status fest. Rosin, Recht der Arbeiterversicherung I S. 783.

[78] Dies ist die Regel; z. B. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 82, Bad. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 29; Preuß. Einkommensteuergesetz v. 1891 § 47. Hessisches VerwRPflG Art. 93, 94.

oder aber diese der Verwaltungsbehörde zu überlassen hat, an die es die Angelegenheit zurückweist.[79]

Kann das von einem Verwaltungsgerichte gefällte Urteil mit keinem Rechtsmittel mehr angefochten werden, so ist es formell rechtskräftig geworden in dem oben S. 185 erläuterten Sinn; seiner Vollstreckung steht kein Hindernis mehr im Wege. Die herrschende Lehre behauptet aber, darüber hinaus erlangten die Urteile der Verwaltungsgerichte materielle Rechtskraft in gleicher Weise, wie die der Zivilgerichte.[80] Bei der Beantwortung dieser Frage muß man sich vor Augen halten, daß die

[79] Dies gilt bei der Aufhebung polizeilicher Verfügungen in Preußen (Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. OVG. IV S. 1342). Allgemein hat der Braunschw. Verw.-Ger.-H. so zu verfahren (Braunschw. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 32). Dasselbe gilt für den österreichischen Verwaltungsgerichtshof. (Österreichisches Gesetz, betr. d. Verwaltungsgerichtshof v. 1875 § 7. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, S. 149ff.) Nach dem Staatsvertrag betr. Thüring. Oberverwaltungsgericht Art. 39 weist das Oberverwaltungsgericht nach Aufhebung einer angefochtenen Entscheidung die Sache an die Vorinstanz zurück: „Das Oberverwaltungsgericht kann in der Sache selbst entscheiden, wenn sie spruchreif ist."

[80] Eine umfassende Orientierung und Verteidigung der herrschenden Lehre gibt E. Loening, Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile (Verwaltungsarchiv VII S. 1ff). Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886. Verhandlungen des XXVI. Deutschen Juristentags, 1902, Bd. I, S. 86 (Schultzenstein), Bd. II, S. 32 (Bernatzik), Bd. III, S. 377 (Diskussion). Wolfgang Müller, Rechtskraft im Verwaltungsstreitverfahren, 1910. Reger-Dyroff, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, S. 489ff. — Gegen die herrschende Lehre, jedoch mit Begründungen, die erheblich voneinander abweichen, vor allem die grundlegenden Erörterungen von Rosin, Recht der Arbeiterversicherung, I (1893) S. 779, ferner Otto Mayer, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen (Archiv f. öffentl. Recht XXI S. 1ff.) und dazu die Kritik von Schultzenstein im Verwaltungsarchiv XV S. 141. Tezner, Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrecht (Verwaltungsarchiv XIX, XX). Apelt, Sächs. VerwRPflG. S. 196. Für gänzlich unanwendbar auf das Verwaltungsstreitverfahren hält die zivilprozessualen Grundsätze von der Rechtskraft Zorn, im Verwaltungsarchiv II, S. 121ff. Über die Judikatur des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs: Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft S. 149ff. Emil Herzog, Rechtsmittelverfahren und Rechtskraft der Entscheidungen in Steuer- und Gebührensachen, 1909, S. 131ff. v. Laun, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft (Österreich. Zeitschrift f. öffentl. und private Versicherung, 1911). Aus der Literatur des Zivilprozesses sind

Zuerkennung der materiellen Rechtskraft an die zivilgerichtlichen Urteile eine, gewissen Zweckmäßigkeitsrücksichten entsprungene Maßnahme der positiven Gesetzgebung darstellt. Sie ist dazu bestimmt, die Gerichte vor einer wiederholten Behelligung mit derselben Streitsache zu schützen und dient insofern der Kraftersparnis. Weiter aber verfolgt sie ein Interesse der Rechtssicherheit: das einmal Entschiedene soll nicht nochmals Gegenstand prozessualer Verhandlung werden dürfen. Die Wirkung der materiellen Rechtskraft ist eine rein prozessuale: was das gerichtliche Urteil entschieden hat, ist für Gericht und Parteien für alle Zukunft unbestreitbar geworden. Das Verhältnis der Parteien zueinander gilt über das abgeschlossene Verfahren hinaus als dauernd geordnet, dergestalt, daß ein Zurückgehen auf die materielle Sach- und Rechtslage ausgeschlossen ist. Das Zivilprozeßrecht geht somit von der stillschweigenden Voraussetzung aus, das vom Richter zu beurteilende streitige Privatrechtsverhältnis fuße auf einem ein für allemal gegebenen unwandelbaren Tatbestand. Damit aber erlange sein Inhalt selbst Unwandelbarkeit. Darum sei es dem Richter möglich, mit Bezug auf jedes streitige Verhältnis autoritativ zu erklären, was dauernd dafür Rechtens sei. Stellt sich das als Rechtswahrheit Erklärte hinterher auch als irrig heraus, so bleibt es trotzdem bestehen. Denn für das öffentliche Wohl wiegt die Erwägung, daß jeder Streit zwischen Privatpersonen ein Ende haben muß, schwerer, als die Sorge für eine richtige Entscheidung.

Für die Mehrzahl der Verwaltungsstreitsachen treffen die soeben genannten Voraussetzungen nicht zu. Die äußeren Umstände, unter denen sich die einzelne rechtliche Beziehung zwischen dem Untertan und der öffentlichen Verwaltung entwickelt, ändern sich fortwährend, und die Anschauungen über das, was das Gesetz zu Gunsten der öffentlichen Interessen verlangt, sind dem Wandel unterworfen. Die Verwaltungs-

---

zu den Ausführungen des Textes über das Wesen der Rechtskraft insbesondere zu vergleichen: Unger, Österreichisches Privatrecht II § 132. K. Hellwig, Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft, 1901, S. 12ff. System d. Deutschen Zivilprozeßrechts S. 767ff. Richard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. 1906, S. 744ff. Über das italienische Recht: S. Trentin, La cosa giudicata nelle decisioni delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, 1910.

behörden aber sind verpflichtet, in jedem Augenblicke das anzuordnen, was dem öffentlichen Wohle frommt. Daraus folgt, daß bei der Ausübung der Rechtskontrolle die Aufgabe der Verwaltungsgerichte auf die Feststellung beschränkt ist, ob unter den gegebenen Verhältnissen die Verwaltungsbehörde so verfügen durfte, wie sie es getan hat. Das verwaltungsgerichtliche Urteil ergeht somit stets unter der „clausula rebus sic stantibus". Es bindet für den Streitgegenstand außer den Parteien sowohl die Verwaltungsgerichte, als auch die Verwaltungsbehörden und zwar diese mit der Wirkung, daß sie gegen den Willen der Parteien „nichts verfügen können, was davon abweicht" (Verwaltungsrechtspflegegesetz für das Königreich Sachsen vom 19. Juli 1900, § 61).[81] Über das konkrete Verfahren aber reicht die Wirkung des Urteils nicht hinaus. Die Verwaltungsbehörde, deren Verfügung durch das Verwaltungsgericht aufgehoben worden ist, ist nicht gehindert, eine neue Verfügung desselben Inhalts zu erlassen, sofern sie sich durch Rücksichten des öffentlichen Wohls hierzu für verpflichtet erachtet,[82] und ebenso ist einem durch ein verwaltungsgerichtliches Urteil abgewiesenen Kläger nicht verwehrt, einen neuen Antrag bei den Verwaltungsbehörden (z. B. um Erteilung einer Schankkonzession) zu stellen, der sich inhaltlich mit dem abgewiesenen deckt. Macht eine Verwaltungsbehörde nach ergangenem Urteil von dieser Kompetenz Gebrauch, so liegt rechtlich eine neue Verfügung vor, die, wenn sie im Verwaltungsstreitverfahren angefochten wird, das Verwaltungsgericht gestützt auf die neue Sachlage neu zu prüfen hat, und welcher die Einrede der abgeurteilten Sache (exceptio rei judicatae) nicht entgegengehalten werden kann.[83] Die Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, zu deren Schutz einerseits

---

[81] Eine gleiche Vorschrift enthält das Hessische Verwaltungsrechtspflegegesetz Art. 67.

[82] Urteile des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 21. Sept. 1881, 30. Jan. 1902, 8. Oktober 1910 (Entscheidungen Bd. 8, S. 352 u. Bd. 40, S. 409; Preuß. Verw.-Bl. XXXII 634). Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. Ob.-Verw.-Ger. IV S. 1352. — Dies gilt auch in den Fällen, in denen sich das verwaltungsgerichtliche Urteil auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung an die Verwaltungsbehörde beschränkt hat. Herzog, Rechtsmittelverfahren S. 134.

[83] Andrer Ansicht: Württembg. VGH. 10. Mai 1911 (Soergel IV 697).

der Zivilprozeß, andrerseits das Verwaltungsgerichtsverfahren dient, hat auch eine Verschiedenheit in den Urteilswirkungen zur Folge.

Allein das Verwaltungsrecht kennt auch öffentliche Ansprüche und öffentliche Pflichten, die von dem Wechsel der äußeren Verhältnisse und Anschauungen und den sich ändernden Anforderungen des öffentlichen Interesses unabhängig bleiben. Man denke z. B. an Existenz und Umfang der Steuerpflicht einer Person (Veranlagung) oder der Versicherungs- und Beitragspflicht, oder der Kirchenbaulast oder an die Frage nach der Gemeindezugehörigkeit einer bestimmten Person. Derartige Rechtsverhältnisse weisen somit in dem für die Rechtskraftfrage entscheidenden Punkte dieselbe juristische Struktur auf wie die Rechtsverhältnisse des Privatrechtes. Sind die Verwaltungsgerichte zu einer Streitentscheidung über solche Verhältnisse berufen, so kommt ihren Urteilen dieselbe Wirkung zu wie den Urteilen der Zivilgerichte: das von ihnen Geordnete gilt für die Zukunft als unbestreitbar und kann von den Verwaltungsbehörden nicht mehr abgeändert werden.[84]

Weil die der Kompetenz der Verwaltungsgerichte zugewiesenen Streitsachen kein einheitliches Gepräge tragen, ist auch die Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils nicht einheitlich. Gewiß, das formell rechtskräftige Urteil eines Verwaltungsgerichtes wird wie das Urteil eines Zivilgerichtes für das Gericht, das das Urteil gefällt hat, unwiderruflich.[85] Im übrigen aber richten sich die Wirkungen des verwaltungsgerichtlichen Urteils nach der Natur des im einzelnen Fall der richterlichen Beurteilung unterstellten Rechtsverhältnisses.[86]

---

[84] Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen VIII 281; XI 428. Rosin, Recht d. Arbeiterversicherung II S. 632.

[85] Über die Vollstreckung verwaltungsgerichtl. Urteile durch die Verwaltungsbehörden: Bad. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 45; Kgl. Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 91. Hessisches Verwaltungsrechtspflegegesetz Art. 123ff. Staatsvertrag betr. Thüring. Oberverwaltungsgericht Art. 43. Vgl. auch oben S. 218.

[86] Ob und wieweit die Parteien über ein im Verwaltungsstreitverfahren liegendes Rechtsverhältnis einen rechtsbeständigen Prozeßvergleich schließen können, hängt von der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses ab, m. a. W. davon, wieweit dieses ihrer rechtlichen Verfügungs-

§ 16. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegenüber der Verwaltung. Die Beamtenhaftpflicht.

I. Unabhängig von den Verwaltungsgerichten sind die ordentlichen Zivil- und Strafgerichte berufen, unter bestimmten Voraussetzungen über die Rechtmäßigkeit amtlicher Handlungen zu befinden. Wenn sie auch nicht befugt sind, hierbei den dem Recht widersprechenden Verwaltungsakt aufzuheben, so fällen sie doch indirekt über ihn ein Urteil im Wege Rechtens.

1. Jeder Verwaltungsbeamte des Staates oder eines anderen öffentlichrechtlichen Verbandes ist für seine amtlichen Handlungen und Unterlassungen persönlich verantwortlich.[1] Verletzt er seine Amtspflicht, so kann er strafrechtlich und zivilrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden. Strafrechtlich: sofern die Amtspflichtverletzung den Tatbestand eines mit Strafe bedrohten Amtsdeliktes bildet;[2] zivilrechtlich: wenn die Amtspflichtverletzung dem Staat oder einem Bürger Schaden zugefügt hat. Die Beurteilung der Straf- und Zivilklage gegen den schuldigen Beamten untersteht den ordentlichen Gerichten. Für diese

---

macht unterliegt. Der über ein öffentlichrechtliches Verhältnis geschlossene Vergleich untersteht dem öffentlichen Recht. Verw.-GH. Stuttgart 27. Oktober 1909 bei Soergel II S. 921. (A. M.: Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 77, S. 298). Reichsversicherungsamt 23. Mai 1912 (DJZ. XVIII 102). Die einen Gesetze erblicken in einem solchen Vergleich einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel (Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. II S. 88 Nr. 13; Hessisches Verw.-RPflG. Art. 115, Ziff. 3). Nach preußischem Recht beendigt der Vergleich das Verwaltungsstreitverfahren nicht; er vermag lediglich die Grundlage für die verwaltungsgerichtliche Entscheidung zu bieten. Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 43, S. 458; Bd. 53, S. 449; Bd. 54, S. 87. Soergel II S. 643; IV S. 478. Schultzenstein im Preuß. Verw.-Bl. XXIV 370.

[1] Über den staatsrechtlichen Begriff des Beamten s. die Zusammenstellung der Ansichten bei Pieper, Reichsbeamtengesetz, 2. Aufl., S. 8ff. Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung I² S. 209, Art. „Beamte". Laband, Staatsrecht I⁵ S. 429.

[2] Vgl. insbes. den Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen im Amte, §§ 331ff. Über die Frage, ob und inwieweit der Irrtum über die Grenzen der amtlichen Kompetenz für die Verschuldensfrage von Bedeutung ist: s. Urt. des Reichsgerichts in Strafsachen v. 25. Januar 1900 (Reger XX 346).

bildet die Prüfung der Rechtmäßigkeit der amtlichen Handlung ein Element der Urteilsfindung. Die Erörterung der ganzen Lehre muß den Darstellungen über Strafrecht und Zivilrecht vorbehalten bleiben. Ein einziges Verhältnis daraus sei an dieser Stelle hervorgehoben, weil sich in ihm eine der wirksamsten Rechtsschutzeinrichtungen zu Gunsten des Verwaltungsrechts verkörpert: die Haftung des Beamten gegenüber dem geschädigten Dritten, dem Untertan.[3] Die Beurteilung einer solchen Schadenersatzklage weist dem Zivilrichter zunächst die Aufgabe zu, an Hand der Grundsätze des öffentlichen Rechtes festzustellen, ob objektiv eine Amtspflichtverletzung vorliegt. Ferner hat der Richter zu prüfen, ob es sich dabei um eine Amtspflicht handelt, die der Beamte gegenüber dem Kläger zu erfüllen gehabt hat. Auf beide Punkte hat der Richter seine Untersuchung zu erstrecken. Hat der Beamte lediglich eine Dienstinstruktion verletzt, so schuldet er nur seinem Vorgesetzten Rechenschaft, dem Dritten

---

[3] BGB. § 839, Abs. 1: „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag . . . .“ Abs. 3: „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.“ — Zur Beurteilung derartiger Schadenersatzklagen können landesgesetzlich ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes die Landgerichte für zuständig erklärt werden (GVG. § 70, Abs. 2 u. 3). Vgl. im allgemeinen zu der Frage Otto Mayer I § 17. Laband, Staatsrecht I[5] S. 474 ff. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts § 149. Schelhorn, in den Annalen des Deutschen Reichs, 1906, S. 415, 525. Delius, Die Haftpflicht der Beamten, 1901. S. auch Berthélemy, Droit administratif[7] p. 63. S. Trentin, la responsabilità collegiale, 1910, p. 337. — Angestellte der öffentlichen Verwaltung, die nicht Beamte im engeren Sinne des Wortes sind, haften nach BGB. 823. — Wenn der Beamte den Schaden bei Vollziehung eines Dienstbefehls zugefügt hat, den er gemäß seiner Gehorsamspflicht auszuführen hatte, so haftet dem Dritten gegenüber nicht der Handelnde, sondern der amtliche Vorgesetzte, von dem der Dienstbefehl ausgegangen ist. Über das Prüfungsrecht des Beamten gegenüber Dienstbefehlen: Laband, Staatsrecht I[5] S. 460. Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz, S. 76. Heilborn, Die Pflicht der preußischen und der Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle (Festgabe f. Otto Gierke, 1911, S. 125). S. auch oben § 11.

haftet er nicht.[4] Ebensowenig wird er zivilrechtlich verantwortlich, wenn er bloß unzweckmäßig gehandelt hat; denn er hat zivilrechtlich nur für Rechtswidrigkeit, nicht auch für Sachwidrigkeit einzustehen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß auch ein Überschreiten des Ermessensbereichs eine Rechts- und nicht bloß eine Sachwidrigkeit darstellt.[5] Über der Prüfung der objek-

[4] Vgl. oben S. 64ff. Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz, S. 88, und die dort zitierte Judikatur. Besonders instruktiv ein Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen v. 20. Juni 1904: Der Beamte, der verschuldet hat, daß vom Testator ein formell ungültiges Testament errichtet worden ist, haftet denjenigen, die der Testator in seinem ungültigen Testamente bedacht hat (Entsch. in Civils. Bd. 58, S. 296.). Reichsgericht 10. Januar 1912 (Entscheidungen i. Civils. Bd. 78, S. 241): „Ist die Amtspflicht dem Beamten gerade im Interesse des Einzelnen auferlegt, so liegt sie ihm einem Dritten gegenüber ob." Spruchsammlung 1912 der DJZ. S. 234. Reichsgericht i. Civils. Bd. 81, S. 131. (Nichtverwahrung des Notariatssiegels). Delius, Haftpflicht der Beamten S. 27. James Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb 1910, S. 68ff. (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, herausg. von Fischer, Bd. XX, Heft 3). J. Kraft, Die Haftpflicht der Richter, Rechtsanwälte und Notare, sowie der Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher, 1911.

[5] Zwei lehrreiche Urteile veranschaulichen dies: 1. Urteil des Preuß. OVG. v. 4. Febr. 1882 (Entsch. Bd. 8, S. 409): 1. Nach einer Polizeiverordnung sollen Feldziegeleien in der Regel 400 Fuß von öffentlichen Wegen entfernt bleiben. Den Wegen können sie näher gerückt werden, wenn das Feuer durch eine genügende Schirmmauer gedeckt wird. Der zuständige Amtsvorsteher hatte auf Grund dieser Vorschriften einem Maurermeister die Erlaubnis zum Abbrennen eines Feldziegelofens in unmittelbarer Nähe der Straße versagt. Auf Beschwerde des Maurermeisters hoben die oberen Instanzen diese Verfügung auf, weil sie eine Gefahr für ausgeschlossen erachteten. Hierauf verlangte der Maurermeister vom Amtsvorsteher Ersatz des Schadens, der ihm dadurch erwachsen sei, daß die zum Brennen in den Ofen gesetzten Steine in dem Zeitraum vom Erlaß der abweisenden Verfügung des Amtsvorstehers bis zu dem die Verfügung aufhebenden verwaltungsgerichtlichen Spruch durch Nässe formlos und unbrauchbar geworden seien. Dem Kläger wurde jedoch der Rechtsweg verschlossen. Der Amtsvorsteher hatte innerhalb der Grenzen seines freien Ermessens verfügt, eine Rechtswidrigkeit lag nicht vor. Im selben Sinne RG. in Zivilsachen vom 1. Juli 1902 und vom 25. Januar 1904 (Entsch. Bd. 52 S. 107 und Bd. 56 S. 339). — 2. Urteil des Preuß. OVG. v. 1. Okt. 1909 (Entsch. Bd. 55 S. 459): Ein Bürgermeister untersagt, als Polizeibeamter, dem Inhaber eines Kinematographen die Ausübung seines Gewerbebetriebs an einem bestimmten Tag, um dadurch einem Konkurrenzunternehmen (Gartenkonzert) Besuch zuzuführen. Hier lag Ermessensmißbrauch vor, der den Bürgermeister schadenersatzpflichtig machte.

tiven Seite darf die subjektive Seite der Frage nicht vernachlässigt werden. Wenn auch objektiv eine Amtspflichtverletzung feststeht, so verpflichtet sie zu Schadenersatz nur im Falle sie durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Beamten verschuldet worden ist.[6] Das Gesetz hat jedoch zu Gunsten des Beamten die Haftung eingeschränkt: Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er bloß dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.[7] Als Schaden kann im allgemeinen nur Vermögensschaden eingeklagt werden. Einen Ersatz für immaterielle Werte läßt das Gesetz nur ausnahmsweise zu.[8] Unerheblich bleibt, ob der Beamte bei Vornahme der schadenstiftenden amtlichen Handlung staatliche Herrschaftsgewalt oder die Mittel des Privatrechts zur Anwendung gebracht hat. In beiden Fällen

---

[6] Ob und wieweit ein Irrtum über das objektive Recht (Amtsgrenzen usf.) oder über Tatsachen den Beamten entlastet, hat der Richter im einzelnen Fall zu prüfen. Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz, S. 89—90. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts, I S. 68, 104. RG. in Zivilsachen Bd. 52, S. 110. Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 14, S. 427; ferner die im Preuß. Verw. Bl. XXXIII 301, 351 abgedruckten Urteile (1911). Delius, Die Haftpflicht der Beamten, 1901, S. 31ff. — Ein württembg. Ortsvorsteher hat in einer Polizeiverordnung den Wirten das Musizieren (Orchestrion) zu bestimmten Tagesstunden verboten; die Verwaltungsbehörde hebt die Vorschrift als rechtswidrig auf. Haftet der Ortsvorsteher den durch das temporäre Verbot geschädigten Wirten? OLG. Stuttgart 27. April 1911 verneint es, weil das Nichtkennen der Amtsgrenzen in casu keine Fahrlässigkeit dargestellt habe (Württembg. Zeitschrift f. Rechtspflege und Verwaltung V 81). S. ferner Urt. d. Badischen Verw.GH. (Vorentscheidung) v. 17. November 1909 (Rechtsprechung d. Badischen Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 969).

[7] Beispiel: Der zuständige Beamte beglaubigt, ohne nähere Erkundigung eingezogen zu haben, daß die unter eine Vollmacht gesetzte Unterschrift des A. echt sei. Mit Hilfe dieser Vollmacht erhebt der Fälscher B. bei der Bank von dem Konto des A. eine große Geldsumme und verschwindet damit. Hinterher kommen Fälschung und Betrug ans Tageslicht. Der geschädigte A. kann den beglaubigenden Beamten nur dann in Anspruch nehmen, wenn es ihm nicht gelingt, den Betrag von dem Fälscher herauszubekommen. Reger, Erg.-Bd. IV S. 447. — Vgl. dazu auch Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 74, S. 253; 78, S. 241; Bd. 80, S. 252; Bd. 81, S. 126, 428. Jurist. Wochenschrift 1911, S. 452.

[8] Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 9. Aufl., I S. 480.

haftet er zivilrechtlich ex delicto, weil er eine unerlaubte Handlung begangen hat.[9]

Der Unterschied von obrigkeitlichen und nicht obrigkeitlichen Handlungen wird erst von Bedeutung für die Beurteilung des Bedenkens, ob und wieweit der Dienstherr des Beamten (der Staat oder ein anderer öffentlichrechtlicher Verband) dem geschädigten Dritten an Stelle des Beamten haftet.[10] Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 31 und 89 ist der Staat oder ein öffentlichrechtlicher Verband für eine nichtobrigkeitliche Handlung eines zu selbständigem Willensentschluß berufenen Organs dem Dritten gegenüber direkt verantwortlich.[11] Nimmt dagegen

[9] Der Beamte ist außerhalb der staatlichen Funktion, für die er angestellt worden ist, Privatmann. Infolgedessen haftet der absolut unzuständige Beamte (vgl. oben S. 194) nicht nach § 839 BGB., sondern nach den allgemeinen Grundsätzen §§ 823ff. Gierke, Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung, S. 768. Im selben Sinn wohl auch Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I S. 1271. Dagegen nimmt die Praxis an, der örtlich und sachlich unzuständige Beamte bleibe Beamter im Sinne von BGB. § 839. Wenn deshalb ein unzuständiger Beamter aus Fahrlässigkeit eine gefälschte Unterschrift als echt beglaubigt, so hafte er gemäß BGB. § 839. Soergel, II S. 29, Nr. 839. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts, I S. 68. Reichsgericht in Zivilsachen v. 4. Mai 1909 (Reger, Erg.-Bd. IV 447); ebenso v. 30. April 1909 (Preuß. Verw. Bl. XXXI 447). Diese letztere Lösung ist nicht folgerichtig, aber sie entspricht einem praktischen Bedürfnis. Denn die deutschen Staaten haben eine Haftung an Stelle des Beamten nur für die Fälle übernommen, die durch den § 839 BGB. gedeckt werden.

[10] E. Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, 1879. Piloty, Die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte (Annalen des Deutschen Reichs 1888, S. 245ff.). Dock, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten (Archiv für öffentl. Recht XVI [1901] S. 244ff.). Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 526ff. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., S. 105. Otto Mayer, Die Haftung des Staats für rechtswidrige Amtshandlungen (Sächs. Archiv für Rechtspflege VIII [1913] S. 1ff.). Kelsen, Über Staatsunrecht (Grünhuts Ztsch. Bd. 40, S. 1).

[11] BGB. § 31: „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein andrer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt." § 89, Abs. 1: „Die Vorschrift des § 31 findet auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des

ein Beamter einem Dritten gegenüber eine Handlung vor „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt",[12] so haftet

öffentlichen Rechtes entsprechende Anwendung." Vgl. dazu v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I S. 620ff. Das Gesetz bezeichnet das mit selbständigem Willensentschluß betraute Organ, im Gegensatz zu den Hilfsorganen, als „verfassungsmäßig berufenen Vertreter". Dieser unklare und vieldeutige Ausdruck hat die Judikatur lebhaft beschäftigt. Vgl. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts I S. 65; Erg. Bd. 1906—1910 S. 17ff. Seng, in der Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege, 1909, S. 41. Reger, Erg. Bd. IV, S. 299. Über die Stellung der Personen, die nicht verfassungsmäßig berufene Vertreter sind s. die folgende Anmerkung und Reichsgericht in Civils. Bd. 74, S. 21, 250 (Lotsen); Bd. 79, S. 101; Bd. 81, S. 316.

[12] In Ausübung „der öffentlichen Gewalt" handelt der Staat und der Beamte nicht bloß, wenn er Zwangsmittel zur Anwendung bringt, sondern auch dann, wenn er Akte der staatlichen Fürsorge oder der amtlichen Beurkundung (Nottestament) oder Beaufsichtigung (Lehrer) vornimmt; (unrichtig OLG. Stuttgart 28. Februar 1911 in der DJZ. XVI 1563, richtig dagegen OLG. Braunschweig 15. November 1911 in der Ztschr. für Rechtspflege i. Herzogtum Braunschweig 1912, S. 56). Über die Unterscheidung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Handlungen vgl. oben § 4. Für rein technische Beamte, die weder privatrechtliche Verrichtungen, noch obrigkeitliche Handlungen vorzunehmen haben, haften Staat oder Gemeinde gemäß BGB § 31 und § 89, falls diese Beamte als verfassungsmäßig berufene Vertreter erscheinen. Denn hier ist der Grundsatz zur Anwendung zu bringen, daß sich das öffentliche Recht gegenüber dem Privatrecht als ein Spezialrecht darstellt; soweit keine speziellen Rechtsnormen vorhanden sind, gelten infolgedessen die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I S. 624, Anm. 19. Im selben Sinn auch Urteil des Bayr. Verw.-Ger.-H. vom 29. Nov. 1905 (Sammlung von Entsch. des Bayr. Verw.-Ger.-H. XXVII S. 40). Reger, XXVIII S. 431. Bedienen sich Staat oder Gemeinde bei Erfüllung einer Pflicht, die sie aus privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Gründen einem Untertan schulden, (ärztliche Verpflegung in einem Krankenhaus usw.) der Hilfskräfte, die keine verfassungsmäßig berufenen Vertreter sind, so haften sie (Staat oder Gemeinde) für diese Angestellten (Erfüllungsgehilfen) auf Grund des BGB. § 278; ein Entlastungsbeweis nach Analogie von BGB. § 831, ist hier ausgeschlossen. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 4, S. 231; Bd. 65 S. 115; Bd. 67 S. 340. Über die Haftung für ärztliche Pflege in einem öffentlichen Krankenhaus s. die Aufsätze von Kiesel u. von Rosenstock im Preuß. Verw. Bl. XXXIV 181, 264. M. Rümelin, Haftung im klinischen Betrieb, 1913. — Nach der Reichstelegraphenordnung vom 9. Juni 1897, § 22, leistet die Telegraphenverwaltung für die richtige Übermittlung der Telegramme und ihre Zustellung innerhalb

er dem Geschädigten zwar persönlich nach BGB § 839, dagegen versagen die soeben erwähnten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches §§ 31 und 89, die an Stelle des Beamten den Staat haften lassen. Denn dieses Verhältnis gehört ausschließlich dem öffentlichen Rechte an. Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 77, hat infolgedessen die ganze Materie der Landesgesetzgebung und, soweit Reichsbeamte betroffen werden, der Spezialgesetzgebung des Reichs vorbehalten.[13] Daraus folgt, daß auch hier der Staat oder der öffentlichrechtliche Verband dem geschädigten Dritten nur haftet, wenn ein Satz des öffentlichen Rechtes diese Haftung ausdrücklich ausspricht. Die meisten

---

bestimmter Frist keine Gewähr und vertritt Nachteile nicht, welche durch Verlust, Entstellung oder Verspätung der Telegramme entstehen. Der Geschädigte kann sich allein an den schuldigen Beamten halten. Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz S. 89, 90. F. Reichert, Die zivilrechtliche Haftung der Post- und Telegraphenbeamten (Archiv für öffentl. Recht XXV S. 200) und Haftung der Post- und Telegraphenverwaltung (Deutsche Juristenzeitung XV [1910] S. 963). Gegen Reicherts Erörterungen Sieskind in der Deutschen Juristenzeitung XV S. 1292.

[13] EG. z. BGB. Art. 77: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten den Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen, insoweit ausschließen, als der Staat oder der Kommunalverband haftet.“ Eine direkte Haftung des Staats oder der Gemeinde hat jedoch das Reichsrecht bereits in der Reichsgrundbuchordnung v. 24. März 1897 § 12 angeordnet: an Stelle des schuldigen Grundbuchbeamten trifft die Verantwortlichkeit den Staat oder die Körperschaft, in deren Diensten der Beamte steht. — Vgl. zum folgenden Otto Gierke, „Haftung des Staats und der Gemeinden für Beamte“, Referat erstattet dem XXVIII. Juristentag (Verhandlungen des XXVIII. Deutschen Juristentags, Bd. I, 1905, S. 102ff.). Gierke selbst nimmt an (Genossenschaftstheorie, S. 768ff. und 794, und Deutsches Privatrecht I S. 532), da der Beamte als Organ handle, so sei der Staat als juristische Person ipso iure und ohne daß es einer besondern gesetzlichen Regelung bedürfe, verantwortlich. Die Streitfrage über die Haftung der juristischen Personen für Versehen und Vergehen ihrer Organe ist in diesem Zusammenhang im Einzelnen nicht zu erörtern. Vgl. darüber die Ausführungen von v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I S. 461ff.

Bundesstaaten haben von ihrer Gesetzgebungskompetenz nach dieser Richtung Gebrauch gemacht.[14] In Preußen,[15] Bayern, Sachsen,[15a] Württemberg, Baden haften der Staat und die Korporationen des öffentlichen Rechts dem durch ein Versehen oder Vergehen eines ihrer Beamten geschädigten Dritten direkt und primär, und in derselben Weise tritt dem Dritten gegenüber das Reich für seine Beamten ein.[16] In Elsaß-Lothringen und Hessen haften dagegen Staat und öffentlichrechtliche Verbände nur subsidiär neben dem Beamten, wie Bürgen. In den übrigen Staaten dagegen hat

---

[14] Eine Zusammenstellung der gesetzlichen Bestimmungen bei W. Kröner, Die Beamtenhaftpflicht im Reiche und in den Bundesstaaten, 1911. Nachzutragen ist das Gesetz Lübecks vom 17. Februar 1912 über die Haftung des Staats und der Gemeinden für ihre Beamten. — Die Landesgesetzgebung kann die Zuständigkeit für die Beurteilung dieser Klagen ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Landgerichten ausschließlich zuweisen. GVG. § 70, Absatz 3. Das gilt auch für Klagen gegen Gemeinden und andere Kommunalverbände: Bartmann in der DJZ. XVIII 581.

[15] In Preußen ist diese Haftung des Staates erst in neuster Zeit eingeführt worden. Preuß. Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtsverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, vom 1. August 1909. W. Schoenborn im Jahrb. d. öff. R. IV 297, 301 (Text des Gesetzes). B. Coester, Haftung des Staats für Amtsdelikte bei Ausübung der öffentlichen Gewalt nach preuß. Rechte (Jahrb. d. öff. R. V [1911] S. 285). H. Simon, Haftung d. Verbände d. öff. Rechts, Königsberg. Diss. 1913.

[15a] Über den im wesentlichen auf Gewohnheitsrecht beruhenden Rechtszustand Sachsens: Kröner, Beamtenhaftpflicht S. 51; Otto Mayer, Haftung d. Staats (s. oben Anm. 10) S. 16.

[16] Reichsgesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten, vom 22. Mai 1910. — Nach § 1, Abs. 3 des Gesetzes stehen „Personen des Soldatenstandes, mit Ausnahme des Kgl. Bayrischen Kontingents, im Sinne dieses Gesetzes den Reichsbeamten gleich". Über den Rechtszustand vor der Verkündigung dieses Reichsgesetzes vgl. das Urt. des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 30. März 1903 (Entsch. Bd. 54, S. 198). Über die Haftung des Reichs für die Schäden, die aus einem von der deutschen Besatzung verschuldeten Zusammenstoß eines Kriegsschiffes des Reichs mit einem andern Schiff entstanden sind: Reichsgericht in Zivils. Bd. 79, S. 179, und die Aufsätze von W. Hertz u. von Pappenheim (betr. EG. z. Handelsgesetzbuch Art. 7) in Gruchots Beiträgen z. Erläuterung d. deutsch. Rechts Bd. 55, S. 39; Bd. 56, S. 19. Andere militärische Haftungsfälle: Bad. Rechtspraxis 1912 S. 38 (losgerissene Pontons), DJZ. XVIII 703 (Biwak).

die Gesetzgebung eine solche Haftung nicht eingeführt;[16a] der Geschädigte kann sich infolgedessen nur an den schuldigen Beamten persönlich halten. Soweit ein Staat den Kläger befriedigt hat, steht ihm der Rückgriff auf den schuldigen Beamten zu.[17]

Die Verfolgung des schuldigen Beamten wurde vor dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze (1. Oktober 1879) in einer großen Zahl deutscher Staaten abhängig gemacht (nach französischem Vorbild)[18] von einer vorgängigen Ermächtigung der dem Beamten vorgesetzten Behörde. Das Reichsrecht hat dieses System beseitigt (Einführungsgesetz zum Reichsgerichtsverfassungsgesetz § 11).[19] Nur eine „Vorentscheidung" darf das Landesrecht zum Schutze der Beamten gegen willkürliche Klagen vorbehalten. Diese Vorentscheidung aber hat sich auf die Feststellung zu beschränken, „ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe." Die Vorentscheidung kann nicht von seiner Verwaltungsbehörde, sondern nur von dem Verwaltungsgerichtshof des betreffenden Staates[20] und wenn

---

[16a] Über Hamburg: Kröner, Beamtenhaftpflicht S. 73. Martin jun., in der Hanseat. Gerichtszeitung 1913, Beilage Nr. 1.

[17] Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 74, S. 342. Reimer, Inwieweit haften nach den Gesetzen v. 1. VIII. 1909 u. 22. V. 1910 neben dem Reich, dem Staat und anderen Verbänden auch die Beamten selbst? (Jur. Wochenschrift 1912, S. 981; s. auch S. 657 u. 1087). Spruchsammlung 1912 der DJZ. S. 235.

[18] Hauriou, Précis de Droit administratif,[7] p. 94. Über den heutigen Standpunkt der franz. Praxis: Laferrière, Juridiction administrative, I p. 637. Berthélemy, Droit administratif[7] p. 65.

[19] Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 680. Laband, Staatsrecht III[5] S. 389. Stein, Justiz und Verwaltung S. 112ff. — Über das strafrechtliche Seitenstück dazu, nämlich über die Abschwächung des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft durch das Beschwerderecht des Antragstellers: StPO. §§ 169ff.

[20] In einzelnen Staaten z. B. in Preußen („Konflikt" bei gerichtlicher Verfolgung von Beamten), Baden usf. kommt es nur dann zu einer Vorentscheidung, wenn nach Einreichung einer Klage die vorgesetzte Verwaltungsbehörde beim Verwaltungsgerichtshof eine Vorentscheidung beantragt; das gilt auch bei der Verfolgung von Ministern (Reger XXXIII 178). In Bayern dagegen hat der Kläger vor Einreichung der Klage eine Vorentscheidung herbeizuführen; doch ist hier die Vorentscheidung nur erforderlich für Fälle, in denen ein Mißbrauch der dem Beamten „anvertrauten öffentlichen Gewalt" behauptet wird. Bayr. Verw.-Ger.-Ges.,

ein solcher nicht besteht, nur vom Reichsgericht gefällt werden (EG. z. R.-Ger.-Verf.-Ges. § 11).[21] Diese Vorentscheidung hat jedoch nur prozessuale Wirkung: sie öffnet oder sie verschließt den Rechtsweg, hindert aber, ist einmal der Rechtsweg für zulässig erklärt, das urteilende Zivilgericht nicht an der selbständigen Prüfung darüber, ob eine zu Schadenersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung vorliege.[22] Das System der Vorentscheidung

Art. 7. EG. z. GVG. § 11 deckt die beiden gesetzgeberischen Lösungen; die Vorschrift läßt eine Vorentscheidung zu „entweder im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde oder unbedingt". Gravenhorst, Der sog. Konflikt bei gerichtlicher Verfolgung von Beamten, 1908 (Abhandlungen aus dem Staats- und Völkerrecht, herausgegeben von Bric und Fleischmann); und Art. „Konflikt" im WB d. VerwR² II 607. Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, I² S. 1057, Art. ‚Konflikte". Reger-Dyroff, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz S. 174 ff. v. Rheinbaben, Art. „Beamte" im WB d. VerwR² I 366.

[21] Dies trifft z. B. für Mecklenburg und für Elsaß-Lothringen zu. Reger XXIV S. 186. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 64, 249; Bd. 70, 102. Bruck, Verfassungs- und Verwaltungsrecht von Elsaß-Lothringen I S. 183.

[22] Die Vorentscheidung hat sich infolgedessen auf die Frage zu beschränken, ob objektiv eine Amtsüberschreitung vorliegt. Ob sie der in Anspruch genommene Beamte verschuldet hat, ob die Erfüllung der Amtspflicht ihm dem Kläger gegenüber obgelegen hat — all das hat die Vorentscheidung nicht zu prüfen. Preuß. OVG. vom 28. Dez. 1905 (Reger XXVII S. 162). Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. OVG IV S. 1146 ff. Urt. des Reichsgerichts v. 12. November 1908 (Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 70, S. 102). Görres, Neuere Rechtsprechung des OVG. auf dem Gebiet d. Beamtenrechts (Jur. Wochenschr. 1913, S. 656). — Im Widerspruch zum Reichsrecht steht daher die Bestimmung des Bayr. Verw.-Ger.-Ges., Art. 7, Abs. 3, derzufolge die Vorentscheidung für das Gericht bindend ist. (Die Zulässigkeit dieser Vorschrift wird verteidigt von Silberschmidt [Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 20, S. 204] und Seydel-Piloty, Bayr. Staatsrecht, I S. 437. Reger-Dyroff, Bayr. Verw.-Ger.-Ges. S. 190; vgl. jedoch auch Bayr. OLG. 7. Oktober 1912 in der Ztsch. f. Rechtspflege i. Bayern 1912, S. 485). Im Widerspruch zum Reichsrecht steht aber auch die Bestimmung des preuß. Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Bezug auf polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842, § 6, die vorschreibt, daß eine Verfolgung des Beamten erst zulässig ist, nachdem die schadenstiftende Verfügung von den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten ist aufgehoben worden. Das Reichsgericht in Zivilsachen, Bd. 51, S. 329, das Preuß. OVG. (Entscheidungen Bd. 57, S. 480) und die herrschende Meinung (Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 681) halten diese Bestimmung für zulässig, und das Preuß. Gesetz über die Haftung des Staats, vom 1. Aug. 1909,

enthält einen Kompromiß zwischen zwei Rechtsanschauungen. Es nimmt den Verwaltungsbehörden die Macht, einen schuldigen Beamten dem Richter zu entziehen, sucht aber andrerseits den Beamten gegen leichtfertige Klagen zu schützen.[23] Die Vorentscheidung ist nicht bloß eine Schutzwehr zu Gunsten des Beamten, sie kommt auch dem Staate zugute, der an Stelle des schuldigen Beamten die Haftung dem Dritten gegenüber übernommen hat.

2. Nicht bloß der Zivilrichter, sondern auch der Strafrichter kommt in die Lage, seine Gerichtsbarkeit zum Schutze des Bürgers gegen die Verwaltung auszuüben. Wir denken hier nicht an die Ahndung der Amtsdelikte, sondern an die Fälle, in denen sich der Untertan gegen die Staatsgewalt aufgelehnt hat und der Strafrichter berufen wird, über die Rechtswidrigkeit dieser Handlung sein Urteil zu fällen. Der Widerstand gegen die Staatsgewalt ist nur dann strafbar, wenn er sich gegen rechtgemäße amtliche Anordnungen richtet. Nach staats- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen hat daher der Richter zu urteilen, ob ein Bürger „zum Ungehorsam gegen Gesetze oder rechtsgültige Verordnungen oder gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen" aufgefordert hat (StGB. § 110), oder ob ein Bürger einem Vollstreckungsbeamten in der „rechtmäßigen Ausübung seines Amtes" durch Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt Widerstand geleistet

---

§ 5, hat sie ausdrücklich aufrecht erhalten. Allein zu Unrecht. Denn nach Reichsrecht darf eine Schadenersatzklage gegen den schuldigen Beamten nicht durch andre Bedingungen erschwert werden, als sie das EG. zum Reichsgerichtsverfassungsgesetz, § 11, ausdrücklich vorsieht. Im selben Sinn: Otto Mayer, I S. 237. Thoma, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. IV, S. 208.

[23] Eine Vorentscheidung ist nicht vorgesehen z. B. bei der Verfolgung der Reichsbeamten; sie ist ferner dem württembergischen Recht unbekannt. In Preußen dagegen kann die Regierung eine Vorentscheidung („Konflikt") durch den Verwaltungsgerichtshof sogar herbeiführen in einem Falle, in dem der Verwaltungsgerichtshof eine Verfügung bereits im Verwaltungsstreitverfahren als rechtswidrig aufgehoben hat. (Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 8 S. 409.) Also doppelt genäht. Zu welcher großen Rechtsverzögerung und Rechtserschwerung dies führt, zeigt ein Beispiel aus der neuern preußischen Praxis: Urt. d. Preuß. OVG. 1. Oktober 1909 (Entscheidungen Bd. 55, S. 459).

oder einen solchen Beamten während der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes tätlich angegriffen hat (StGB. § 113) usf.[24]

II. Wie die vorstehenden Erörterungen dargelegt haben, vermögen die Zivil- und Strafgerichte dem Bürger Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung zu gewähren, auch wenn sie nicht befugt sind, die von ihnen mißbilligten Verwaltungsakte aufzuheben. Die Kompetenz zur Aufhebung und Abänderung von Verfügungen oder Entscheidungen der Verwaltungsbehörden besitzen die ordentlichen Gerichte nur in den Fällen, in denen ihnen die Gesetzgebung die Beurteilung von Verwaltungsstreitsachen ausdrücklich übertragen und sie insoweit mit Verwaltungsrechtsprechung ausgestattet hat. Es sei erinnert an die Gesetze über die „Erweiterungen des Rechtswegs" (vgl. oben § 15), an die Vorschriften der Expropriationsgesetze, welche eine Anfechtung der Entscheidungen der Schätzungskommissionen vor den ordentlichen Gerichten zulassen (vgl. unten § 17) und an anderes mehr.[25]

Keine Verwaltungsrechtsprechung, sondern ihre eigenste Gerichtsbarkeit üben dagegen die ordentlichen Zivil- und Strafgerichte aus, wenn sie als Berufungsinstanzen bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen beurteilen, die in erster Instanz von Verwaltungsbehörden entschieden worden sind (vgl. oben § 2).[26] Beispiele für eine Zivilgerichtsbarkeit der Verwaltungsbehörden bieten die sog. Verwaltungsprovisorien: Nach der Reichsgewerbeordnung § 75 hat die Ortspolizeibehörde Beschwerden Reisender zu entscheiden wegen Überschreitung des

---

[24] Vgl. weiter Strafgesetzbuch §§ 116, 117. Frank, Strafgesetzbuch[10], S. 215ff., 230ff. Über die Frage, wieweit ein Irrtum des Angeklagten über die Rechtswidrigkeit der amtlichen Handlung zu berücksichtigen ist: StGB. § 59. Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 8. Aufl., S. 104ff. Max Ernst Mayer, Widerstand gegen die Staatsgewalt. (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts; Besonderer Teil, Bd. I, 1906, S. 349ff). v. Liszt, Lehrbuch d. Deutschen Strafrechts[19] S. 565, 576.

[25] Ottmar Bühler, Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im Württembergischen Recht, Tübinger Juristische Doktor-Dissertation, 1911.

[26] Otto Mayer I § 16. Sarwey, Öffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege, S. 627ff. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 657ff.

in einem Wirtschaftslokal angeschlagenen Preisverzeichnisses;[27] nach der Reichsstrandungsordnung vom 17. Mai 1874 §§ 36ff. hat das Strandamt über Ansprüche auf Berge- oder Hilfslohn[28] zu urteilen usw. Verwandte Erscheinungen sind die Fälle, in denen Verwaltungsbehörden über Existenz und Umfang einer zivilrechtlichen Schadenersatzpflicht zu befinden haben. Dies trifft beispielsweise zu bei der Feststellung des Kassendefekts eines Beamten (Reichsbeamtengesetz von 1873/1907 §§ 134ff., 144)[29] usw. In allen diesen Fällen entscheiden die Verwaltungsbehörden nicht endgültig. Der von der Entscheidung der Verwaltungsbehörden betroffenen Person bleibt die Anrufung der Zivilgerichte vorbehalten; diese werden dadurch in den Stand gesetzt, die angefochtenen Sprüche der Verwaltungsbehörden zu überprüfen. — Analog ist die strafgerichtliche Kontrolle der ordentlichen Gerichte ausgestaltet. Nach der Reichsstrafprozeßordnung §§ 453 und 459 kann den Polizei- und den Finanzbehörden die Ahndung von Polizei- und von Finanzdelikten übertragen werden (oben S. 14).[30] Allein auch hier ist dem Angeschuldigten die Möglichkeit gegeben, den Spruch der Verwaltungsbehörde an das ordentliche Strafgericht weiterzuziehen.

§ 17. Öffentlichrechtliche Entschädigung.[1]

I. Der Schutz des Rechtsbestandes ist das Ziel des modernen Rechtsstaates geworden. Ihm dienen die in den vorhergehenden Erörterungen dargestellten Einrichtungen. Aber derselbe Rechts-

[27] Landmann, Gewerbeordnung I[6] S. 671.

[28] Vgl. die Literatur in Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs, 4. Aufl., 1910, S. 409.

[29] Alfred Schulze, Das Reichsbeamtengesetz, 1908, S. 323ff.

[30] E. Loening, Verwaltungsarchiv III S. 133. James Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht, S. 317. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S. 189.

[1] Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt (Verwaltungsarchiv V S. 1ff.; auch separat erschienen, 1897). Verfassungsurkunde für den Preuß. Staat I S. 153ff. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II §§ 53, 54, und von demselben Verfasser ferner: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht, 1904 und der Art. „Entschädigungspflicht des Staates" im WB d. VerwR[2] I, S. 731. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des

staat, der so kräftig Recht und Vermögen der einzelnen Bürger schützt, hat auf der andern Seite dem Grundsatze zur Anerkennung verholfen, daß das Gesetz zu obrigkeitlichen Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger ermächtigen darf, so oft dies das öffentliche Interesse verlangt. Denn ohne diese Eingriffe vermag der Staat seine Aufgaben nicht zu erfüllen. Man denke hier in erster Linie an die Zwangsenteignung, die der öffentlichen Verwaltung die Möglichkeit gewährt, sich die Privatgrundstücke zur Errichtung öffentlicher Unternehmungen durch hoheitlichen Akt zu verschaffen. Die Expropiation stellt den vornehmsten, aber nicht den einzigen Fall dieser Art dar. Je weiter der Aufgabenkreis des Staates wird, um so größer wird naturgemäß die Zahl solcher staatlicher Eingriffe: Aufhebung der Privatpostanstalten im Interesse des staatlichen Postregals; Nutzloswerden von Fabrikeinrichtungen infolge Einführung eines Phosphorverbots; Vernichtung eines ganzen Industriezweigs

Deutschen Staatsrechts, § 222. Georg Meyer, Der Staat und die erworbenen Rechte, 1895 (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Georg Meyer und Jellinek, Bd. I, Heft 2). Walz, Über die Entschädigungspflicht bei rechtmäßiger Ausübung der Staatsgewalt nach badischem Landesrecht (Zeitschrift für bad. Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege, Bd. 33 [1901] S. 233, 245, 253. v. Stengel, in den Annalen des Deutschen Reichs, 1901, S. 490ff. Fleischmann, Die Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilich verfügter Straßensperrung (Eisenbahnrechtliche Entscheidungen, Bd. 20, S. 286, 370; Bd. 21, S. 309, 423). Perlmann, Über die Entschädigung für Einwirkungen der öffentlichen Gewalt in die Privatrechtssphäre (Grünhuts Zeitschrift für das Privät- und öffentl. Recht, Bd. 34, S. 57) und Studien zur Frage der Schadenshaftung des Staates und ihrer Geltendmachung (Archiv für öffentliches Recht XXIV S. 520). Molitor, Über die Haftung des Staates bei Verletzung von Privatrechten (Archiv für öffentl. Recht, Bd. XX S. 265). Tezner, im Archiv für öffentl. Recht, Bd. IX, S. 495. Arndt, Über die Haftung für Eingriffe der Reichs- und Staatsgewalt in Privatrechte (Festgabe für Güterbock, 1910, S. 149). Erich Neuhaus, Die Unverletzlichkeit des Eigentums, 1909. Kormann, Grundzüge S. 202 (Annalen d. Deutschen Reichs 1912). Paul Tirard, De la responsabilité de la puissance publique, Paris, 1906. Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 2 éd. II p. 155. Hauriou, Précis de Droit administratif[7], p. 476, 740, 780. L. Duguit, De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi (Revue du Droit public 1910, p. 637). Berthélemy, Droit administratif[7] p. 73. L. Meucci, Instituzioni di Diritto amministrativo, 5 ed. 1905, p. 288. Santi Romano, Principii di Diritto amministrativo[3] italiano, Nr. 33.

durch Einführung des Absinthverbots;[2] Lahmlegung der privaten Abfuhrunternehmungen durch Kommunalisierung der Fäkalienabfuhr;[3] Schädigungen der Fischerei durch Flußregulierungen;[4] Auferlegung von Bauverboten im Interesse zukünftiger Straßen;[5] Aufhebung der Privatschlächtereien durch Einführung des Schlachthauszwangs;[6] Schädigung einer Fähre infolge der durch die Errichtung einer Brücke bedingten Entziehung der Kundschaft[7] u. a. m. Alle diese Einwirkungen schädigen das Vermögen der von ihnen betroffenen Privaten. Sie sind die notwendigen und unausbleiblichen Folgen der Verwaltungstätigkeit. Sie als unzulässig erklären, hieße die Verwaltung zum Stillstand verdammen. Soweit das Gesetz die Verwaltung zu derartigen Eingriffen ermächtigt, handelt die Verwaltung bei deren Vornahme rechtgemäß. Von einem Verschulden des Staates oder seiner Organe ist in allen diesen Fällen keine Rede. Es entsteht deshalb die Frage, ob der Staat dem betroffenen Bürger zum Ersatz verpflichtet ist, weil er objektiv den Schaden verursacht hat. Ist der Staat dem Untertan entschädigungspflichtig für Vermögensschädigungen, die er ihm in rechtmäßiger Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügt hat? Was aber für den Staat gilt,

---

[2] Ein solches Verbot ist in der Schweizerischen Eidgenossenschaft durch eine Partialrevision der Bundesverfassung v. 7. Oktober 1908 eingeführt worden; es untersagt Fabrikation, Ausfuhr, Transport und Verkauf des Absinths. Bundesgesetze, amtliche Sammlung n. F., XXIV 881.

[3] Reger, Erg.-Bd. II S. 159.

[4] F. Großmann, Schadenersatzanspruch von Fischereiberechtigten gegen den Staat infolge von Flußregulierungen (Heidelberger juristische Doktordissertation, 1910). Denselben Gegenstand behandelt Haller, in der Württemberg. Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verwaltung IV 160. Reichsgericht 3. Juli 1906 u. 26. Juni 1912 (Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 64, S. 24; Gruchots Beiträge Bd. 56, S. 1115). Vgl. auch das Preuß. Gesetz ü. d. Erwerb von Fischereiberechtigungen durch den Staat, v. 2. September 1911 (Giese im Jbch. d. öff. R. VII 157). Nunmehr Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913 §§ 51, 77, 157, 159. Badisches Wassergesetz v. 12. April 1913, § 110, Ziff. 3.

[5] Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Entschädigung bei Fluchtlinienfestsetzungen", Bd. I[2] S. 499.

[6] Gewerbeordnung § 23, Absatz 2. Landmann, Kommentar zur Gew.-O. I[6] S. 215ff.

[7] Fleiner, Verwaltungsrechtsfälle, Nr. 50. Striethorst, Archiv für Rechtsfälle des preuß. Obertribunals XXIV S. 1.

gilt in gleicher Weise für jeden Verband (Gemeinde usf.), der obrigkeitliche Gewalt handhabt. Das Privatrecht ist unanwendbar. Denn dem rechtgemäß auftretenden Staat gegenüber versagen die Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Die Antwort kann allein aus Grundsätzen des öffentlichen Rechts abgeleitet werden.[8] Man darf sich an der Richtigkeit dieses Satzes nicht durch die Tatsache irremachen lassen, daß in Deutschland auch nach der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Kompetenz zur Beurteilung derartiger Schadenersatzklagen den Zivilgerichten verblieben ist.

1. Soweit ein Gesetz selbst unmittelbar Eingriffe in das Privatvermögen verfügt hat, schuldet der Staat dem Geschädigten Ersatz nur, sofern ein solcher vom Gesetz ausdrücklich zugebilligt worden ist.[9] Denn gegen den eine Entschädigung verweigernden Willen des Gesetzgebers ist der Bürger ohnmächtig.[10]

---

[8] Das EG. z. BGB., Art. 106ff., hat infolgedessen die Regelung der Materie der Landesgesetzgebung überlassen, soweit das Reich nicht selbst für die reichsrechtlichen Materien eine spezielle Normierung getroffen hat.

[9] Das ist erst in der neueren Zeit zu allgemeiner Anerkennung gelangt. Ein Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen v. 13. Januar 1883 (Entscheidungen Bd. 12, S. 3) hat noch als gemeine Auffassung bezeichnet, daß „im Falle der Aufhebung eines wohlerworbenen Rechts durch die Gesetzgebung ohne weiteres ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf volle Entschädigung stattfindet, soweit nicht ein solcher Anspruch durch die Gesetzgebung besonders ausgeschlossen worden ist." In der Folge sind dem Reichsgericht Bedenken gekommen (Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 61, S. 11), so daß es sich in der neuern Zeit (Urteil v. 16. Oktober 1906) beiläufig dahin ausgesprochen hat, „nur wenn ein solches Gesetz selbst eine Entschädigung anordnet, kann deshalb eine solche beansprucht werden". (Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 64, S. 185). Dieser Auffassung gemäß hat das Reichsgericht in den Urteilen v. 12. März 1912 u. 26. Juni 1912 den infolge des preuß. Gesetzes betr. Verbesserung der Oder v. 6. Juni 1888 geschädigten Flußanliegern (Steigen des Grundwassers, Versanden eines Oderarms u. dgl.) Entschädigung versagt (Reichsgericht in Civilsachen Bd. 79, S. 64 u. Gruchots Beiträge Bd. 56, S. 1115). Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts Bd. 36 (1910), Teil 2, S. 308. Für eine allgemeine Entschädigungspflicht: Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 195.

[10] Anders verhält es sich in der Schweiz. Dort findet der Gesetzgeber eine Schranke an bestimmten, in der Bundesverfassung und den Kantonsverfassungen garantierten subjektiven Rechten („verfassungsmäßige Rechte der Bürger"), und das Schweizerische Bundesgericht hat die Auf-

Dem Gesetz im formellen Sinn steht auch nach dieser Richtung die Rechtsverordnung gleich.[11] Für die Entscheidung des Gesetzgebers über Gewährung oder Versagung der Entschädigung sind naturgemäß in erster Linie Erwägungen der Billigkeit maßgebend; regelmäßig fällt ferner in Betracht, wie der Gesetzgeber vom ethischen Standpunkt aus die Privattätigkeit würdigt, in die er eingreift. Bei der Aufhebung der Privatpostanstalten hat der Reichsgesetzgeber den beteiligten Gewerbetreibenden Schadenersatz zugesprochen, während er den Fabrikanten, die von dem Phosphorverbote betroffen worden sind, Schadenersatz versagt hat.[12]

---

gabe, Beschwerden (staatsrechtliche Rekurse) betreffend Verletzung solcher verfassungsmäßiger Rechte der Bürger zu beurteilen (Bundesverfassung, Art. 113, Ziff. 3). W. Burckhardt, Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung, 1906, S. 856ff. E. Curti, Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts in abgekürzter Fassung, Bd. I S. 405ff. Daher ist es auch Aufgabe des Bundesgerichts, auf Grund der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie zu prüfen, ob der kantonale Gesetzgeber eine Aufhebung von Privatrechten im öffentlichen Interesse nur gegen Entschädigung vornehmen kann. Vgl. Erich Vogt, Rechtmäßige Eingriffe des Staats in subjektive Privatrechte nach der Praxis des Schweiz. Bundesgerichts, 1910 (Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 26).

[11] Entsch. des Reichsger. in Zivilsachen, Bd. 45, S. 268; Bd. 60, S. 328. H. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen S. 148.

[12] Reichsgesetz, betr. einige Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen, vom 20. Dez. 1899, Art. 3—5. Reichsgesetz, betr. Phosphorzündwaren, vom 10. Mai 1903. Über einen analogen Vorgang in der Schweiz, s. Schweiz. Bundesblatt 1900 IV S. 565. Vgl. auch das Reichsgesetz wegen Änderung des Tabaksteuergesetzes, vom 5. Juli 1909, Art. II a: „Die mehr als ein Jahr im Tabakgewerbe beschäftigt gewesenen Hausgewerbetreibenden und Arbeiter, welche nachgewiesenermaßen infolge dieses Gesetzes innerhalb des ersten Jahres nach dessen Inkrafttreten entweder vorübergehend oder für längere Zeit arbeitslos werden, ohne anderweit entsprechende Beschäftigung zu finden, oder wegen notwendig gewordenen Berufswechsels oder wegen Einschränkung des Betriebs geschädigt werden, erhalten Unterstützungen bis zu einem Zeitraume von zwei Jahren. Zu diesem Zwecke werden den Einzelstaaten die erforderlichen Mittel bis zum Gesamtbetrage von 4 Mill. Mark, dem festgestellten Bedürfnis entsprechend, überwiesen.“ Siehe ferner Reichszuwachssteuergesetz vom 14. Februar 1911, § 60 In ähnlicher Weise spricht das Schweizerische Bundesgesetz, betr. das Absinthverbot, vom 24. Juni 1910, Art. 4, den Unternehmern, Angestellten und Arbeitern der Berufskreise, die durch das Verbot unmittelbar empfindlich geschädigt werden, „aus Billigkeitsgründen“ teilweise Entschädigung zu. Über die durch die

2. Anders aber gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Vermögensschädigung nicht durch den unmittelbaren Befehl eines Gesetzes, sondern durch eine zur Vollziehung einer gesetzlichen Vorschrift erlassene gesetzmäßige Verfügung der Verwaltungsbehörde verursacht worden ist. Denn hier hängt die Entscheidung darüber, welche Bürger von den Wirkungen des Gesetzes betroffen werden, von den Verwaltungsbehörden ab, und es ist daher möglich, daß von ihnen der eine Bürger zu einem finanziellen Opfer an den Staat gezwungen wird, während der andere davon verschont bleibt. In dieser Weise kann die Vollziehung eines Gesetzes im Ergebnis Ungleichheiten unter den Bürgern begründen. Keinen Unterschied macht dabei, ob die Vermögensschädigung ihren Grund in einer Vernichtung oder aber bloß in einer Beschränkung individueller Rechte hat.

Außer Betracht bleiben naturgemäß alle die Vermögensschädigungen, die auf privatrechtliche Eingriffe des Staates oder der Gemeinde zurückgehen. Dahin gehören vor allem

---

Einführung des Alkoholmonopols in der Schweiz (1886) geschaffene Rechtslage: Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts XV (1889) S. 474, 651, 657. Über den Standpunkt des preußischen Gesetzgebers bei der Aufhebung von sog. Steuerprivilegien: Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Entschädigung bei Aufhebung von Steuerbefreiungen" I² S. 496. S. auch Hessisches Gesetz v. 8. Juli 1911 betr. Ablösung der Steuerfreiheit einzelner gemeindesteuerfreier Grundstücke. Besonders beachtenswert ist auch nach dieser Richtung das Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913; es reiht die Wasserläufe in einer Anlage zum Gesetz in Kategorien (erster, zweiter, dritter Ordnung) ein und schreibt vor (§ 3), das Verzeichnis der Wasserläufe erster Ordnung könne nur durch Gesetz geändert werden. „Wird infolge einer solchen Aenderung jemand in der Ausübung eines Rechts am Wasserlauf beeinträchtigt oder ein Grundstück beschädigt, so ist dem Benachteiligten Entschädigung vom Staate zu gewähren ..." vgl. dazu § 45 des cit. Gesetzes. — In neuester Zeit hat Italien in dem am 22. April 1912 verkündigten Gesetz ein Lebensversicherungsmonopol zu Gunsten einer Staatsanstalt begründet und damit den privaten Versicherungsgesellschaften nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer die Möglichkeit zum Geschäftsbetrieb auf diesem Gebiet entzogen, ohne Entschädigung zuzusprechen. Vgl. darüber und über den Standpunkt der betroffenen Versicherungsgesellschaften Rocca in der Ztschr. f. d. gesamte Versicherungswissenschaft XII 524; Wehberg ebendaselbst S. 534; vgl. auch daselbst S. 852. Ein Monopol zu Gunsten einer staatlichen Unfallversicherungsanstalt hat ferner das Schweiz. Bundesgesetz v. 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung eingeführt.

die Handlungen, die der Staat als Eigentümer einer Liegenschaft vornimmt (vgl. unten § 20).[13] Die folgende Betrachtung hat sich allein mit hoheitlichen Akten des Staates oder der mit staatlicher Herrschaft ausgestatteten Verbände zu beschäftigen. Sie hat auszugehen von dem Satze, daß der Staat nach öffentlichem Rechte befugt ist, dem Privaten Rechte zu entziehen und sie sich selbst anzueignen, sobald das öffentliche Interesse dies verlangt. Aber der Staat ist verpflichtet, dem Geschädigten dafür vollen Ersatz in Geld zu leisten. Weil dieser Anspruch einem öffentlichrechtlichen Verhältnis entspringt, so ist er öffentlichrechtlicher Natur.[14] Die Verfassungsurkunden haben diesen Rechtsgrundsatz ausdrücklich festgestellt in der vielangeführten Eigentumsgarantie. Auf Grund dieser haben die Staaten Expropriationsgesetze erlassen, in denen sie die Voraussetzungen und Formen bestimmen, unter denen der Staat für ein bestimmtes in Aussicht genommenes öffentliches Unternehmen dingliche Rechte zwangsweise enteignen darf. Dem Gedanken, der in der Eigentumsgarantie steckt, kommt jedoch allgemeinere Bedeutung zu. Er ist nicht beschränkt auf die Fälle, für die in den Expropriationsgesetzen das besondere Expropriationsverfahren vorgesehen ist. Er muß darüber hinaus zur Anwendung gebracht werden überall dort, wo der Staat mit Hilfe seiner Befehlsgewalt ein dem Bürger

---

[13] Bayr. Gerichtshof f. Kompetenzkonflikte v. 17. Dezember 1881 (Sammlung der Entscheidungen des Bayr. Gerichtshofs f. Kompetenzkonflikte, Bd. I S. 32). Anschütz, Verwaltungsarchiv V S. 95.

[14] Eine Rechtfertigung der Ansicht, der Entschädigungsanspruch trage zivilrechtliches Gepräge, unternimmt neuerdings James Goldschmidt, Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatl. Entschädigungspflicht S. 146 (Festgabe der Berliner jurist. Fakultät f. Gierke, 1910, Bd. III). Über die Streitfrage im allgemeinen: W. Schelcher, Sächs. Enteignungsgesetz S. 31ff. — Trotz ihrer öffentlichrechtlichen Natur sind derartige Entschädigungsansprüche in den meisten deutschen Staaten der Beurteilung der Zivilgerichte unterstellt geblieben. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 51ff., 219ff. Im Königreich Sachsen kann der Verletzte solche Entschädigungsforderungen vor den Verwaltungsbehörden geltend machen; deren Entscheidungen können sodann mit der Anfechtungsklage der Beurteilung des Oberverwaltungsgerichts unterbreitet werden. Sächs. OVG. 7. Januar 1911 (Jahrbücher XVI S. 292). Über die Verjährung des Anspruchs: Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 78, S. 202.

zustehendes — privates oder öffentliches —[15] Einzelrecht in einer Weise der öffentlichen Verwaltung dienstbar macht, die es nach seinen wesentlichsten Richtungen der Verfügung des Privaten entzieht. Auch auf diese Art werden Individualrechte in den Bereich der öffentlichen Verwaltung übergeführt. Es liegen somit Erscheinungen vor, die der Expropriation gleichartig sind. Daraus ergibt sich aber die Pflicht des Staates, das Vermögen des betroffenen Privaten auch hier durch Geldersatz auszugleichen.[16] Was für den Staat gilt, muß ebenso gelten für den In-

---

[15] Öffentliches Einzelrecht: der Gehaltsanspruch der Beamten; auch der „Bürgernutzen" kann ein derartiges Einzelrecht darstellen. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 610. Rechtsprechung des bad. Verwaltungsgerichtshofs I S. 206. Nr. 392, 393.

[16] Das wird sehr gut ausgeführt in einem Urteil des Reichsgerichts vom 16. Oktober 1906 (Entsch. 64, S. 184): Bei Kanalisierungsarbeiten stoßen städtische Arbeiter auf einen in den Straßenkörper hineinragenden Hohlraum, der zu einer Anliegerliegenschaft gehört. Der Eigentümer wird durch Verfügung aufgefordert, den Hohlraum zu räumen, kommt jedoch der Verfügung nicht nach, ficht sie aber auch nicht an. Darauf wird der Hohlraum nach der Liegenschaft hin abgesperrt und ohne weiteres zur Straße gezogen. Das Reichsgericht hat mit Grund dem Eigentümer Entschädigung zugesprochen. — Wenn von einem Militärschießplatz aus Kugeln sich auf Privatgrundstücke verirren und diese dadurch für den Eigentümer in einzelnen Zonen unbrauchbar machen, so hat der Eigentümer Anspruch auf Schadenersatz. Denn der Grundeigentümer kann sich dieser Inanspruchnahme nicht widersetzen. Reger, Erg.-Bd. I S. 384. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts auf den Gebieten des öffentl. Rechts II S. 344—346. Fleiner, Verwaltungsrechtsfälle, Nr. 1. (Unrichtig die Urteile des Reichsgerichts: Reger XXIV S. 384 und RG. in Zivilsachen Bd. 55, S. 55.) Wenn eine von einem Privaten zur Patentierung angemeldete Erfindung nach Bestimmung des Reichskanzlers für das Heer oder die Flotte oder sonst im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt benutzt werden soll, so muß sich der Erfinder diese Entziehung gefallen lassen, aber gegen volle Entschädigung (Reichspatentgesetz v. 1891 § 5, Absatz 2). Wird ohne eine solche Bestimmung des Reichskanzlers eine fremde Erfindung von der Heeresverwaltung benutzt, so kann nach der reichsgerichtlichen Judikatur der Patentinhaber nicht auf Unterlassung klagen, wohl aber auf öffentlichrechtliche Entschädigung. Urt. d. Reichsgerichts v. 19. Juni 1912 (DJZ. XVII 1186). Reichsgericht i. Zivilsachen Bd. 77, S. 14. — Verfehlt ist das Urteil, welches das Schweiz. Bundesgericht am 16. November 1911 in Ausübung seiner Verfassungsgerichtsbarkeit erließ (oben Anm. 10) und worin es den Gesetzgeber Graubündens für befugt erklärte, zu Gunsten

haber einer auf Grund staatlicher Konzession errichteten öffentlichen Anstalt, insbesondere für den Unternehmer einer öffentlichen Eisenbahn.[17]

Staatliche Eingriffe, die nicht auf Übereignung eines Einzelrechts hinauslaufen, fallen nicht unter die Vorschriften der Expropriationsgesetze. Die Stütze für die staatliche Ersatzpflicht muß hier in einem anderen Rechtssatze gesucht werden. Allgemeine gesetzliche Vorschriften, die uns hier den Weg weisen könnten, gibt es nur in wenigen Staaten. Am weitesten geht nach dieser Richtung das Allgemeine Preußische Landrecht (Einleitung § 75), demzufolge der Staat „denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens zu opfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten ist".[18] Eine Kabinettsordre vom 4. Dezember 1831 hat diese Bestimmung eingeschränkt auf die Aufopferung eines zum Privateigentum gehörigen Rechtes und auch im übrigen weitgehende Ausnahmen von der Entschädigungspflicht (namentlich bei Kriegs- und Justizschäden) vorbehalten.[19] Der erwähnten Bestimmung des Preußischen Landrechts liegt

---

einer zu gründenden kantonalen Gebäudeversicherungsanstalt die laufenden Versicherungsverträge der privaten Versicherungsgesellschaften mit Einwohnern des Kantons entschädigungslos aufzuheben (Entscheidungen d. Schweiz. Bundesgerichts Bd. 37 (1911) T. 1, S. 503). Das Urteil widerspricht nicht bloß einem anerkannten Grundsatze des Rechts und der Gerechtigkeit, sondern auch der positiven Vorschrift der Graubündnerischen Kantonsverfassung Art. 9.

[17] Der Eigentümer einer an einer Eisenbahnlinie gelegenen Liegenschaft kann, wenn vom Funkenwurf der Lokomotiven Bäume versengt oder Gebäulichkeiten in Brand gesetzt werden oder wenn ein ganzer Streifen dauernd versengt und unbrauchbar gemacht wird, von der Eisenbahnverwaltung Schadenersatz verlangen. Hörle, im Verwaltungsarchiv X S. 367. RG in Zivilsachen Bd. 17, S. 103, Bd. 32, S. 337. DJZ. XVI 473. Seuffert, Archiv XXXIV Nr. 94. Walz, in der Zeitschrift für bad. Verwaltung, 1901, S. 246. Kleeberg, § 75, Einleitung z. A. L. R., S. 15 Viel weiter zu Gunsten des geschädigten Eigentümers geht Vossen, Über das Grenzgebiet zwischen Enteignung und polizeilichem Eingriff ins Privateigentum (Archiv für öffentl. Recht XXII S. 246).

[18] Erich Kleeberg, § 75, Einleitung zum A. L.R. und die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Leipziger Dissertation, 1909). — Betr. Aufopferung „besonderer Vorteile": Reichsgericht 26. Juni 1912 (Gruchots Beiträge Bd. 56, S. 1115).

[19] Anschütz, im Verwaltungsarchiv V S. 76. Dreyer, Verwaltungsarchiv XVII S. 213.

die naturrechtliche Vorstellung von der Unverletzlichkeit wohlerworbener Privatrechte (iura quaesita) zu Grunde. Soweit sich die Gesetzgebung der übrigen Staaten mit dem Problem beschäftigt hat, fußt auch sie auf der naturrechtlichen Theorie von der Unverletzbarkeit „wohlerworbener Rechte".[20] Eine, namentlich in der Rechtsprechung verbreitete Anschauung behauptet, diese Theorie enthalte auch heute noch die gemeingültige Lösung des Problems.[21] Eine zweite Meinung sucht dagegen der Schwierigkeit Herr zu werden an Hand der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie.[22] Sie erblickt in dieser eine Gewährleistung des Vermögensbestandes der Bürger gegenüber der Staatsgewalt überhaupt und folgert daraus, der Staat schulde Entschädigung nicht bloß in den Fällen, in denen er auf dem Expropriationsweg Privatrechte entziehe, um sie sich anzueignen, sondern allgemein für jede beliebige durch eine obrigkeitliche Verfügung verschuldete Schädigung des Privatvermögens der Bürger. Eine dritte Meinung geht davon aus, das Prinzip der Rechtsgleichheit verbiete eine ungleiche Belastung der Staatsbürger. Jede über das allgemeine Maß hinaus auferlegte Beschränkung stelle deshalb „ein besonderes Opfer"

---

[20] Württembergische Verfassungsurkunde § 95: „Keinem Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden." Vgl. dazu Ottmar Bühler, Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württemberg. Recht S. 94ff. Fleiner, Staatsrechtl. Gesetze Württembergs S. 55. Über die Rechtslage in den Hansastädten: oben S. 231. Ähnlich ist die Auffassung des Braunschweigischen Rechts. Mansfeld, Der publizistische Reaktionsanspruch im Herzogtum Braunschweig, 1895. Rhamm, Staatsrecht des Herzogtums Braunschweig, 1908, S. 37. Über die damit übereinstimmende Rechtsauffassung in der Schweiz vgl. Hans Sträuli, Verfassung des Standes Zürich, 1902, S. 42—43. Verfassung des Kantons Uri v. 6. Mai 1888, Art. 51. Verfassung des Kantons Nidwalden v. 2. April 1877, Art. 43: „Sofern sich jemand durch einen Beschluß der Landsgemeinde in seinen Privatrechten verletzt glaubt, kann der gesetzliche Richter angerufen werden." Vgl. dazu die oben, Anm. 10, zitierte Arbeit von Erich Vogt.

[21] Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 16, S. 161 (Aufhebung von Kirchenstuhlvorrechten durch Verwaltungsakt). Bd. 41, S. 145 (Schmälerung der Fischerei durch Stromregulierung).

[22] Sie ist z. B. in Baden weitverbreitet und sucht ihre Stütze in Art. 545 des Code civil (bzw. des bad. Landrechts): „Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité."

dar, und es habe sich seit den Tagen des Polizeistaates in einer langen und beständigen Übung ein Satz zum Gewohnheitsrecht verdichtet, demzufolge der Staat für die Auferlegung jedes besondern Opfers dem betroffenen Bürger Ausgleich in Geld schulde. Auf Grund dieses gemeindeutschen Gewohnheitsrechtes greife daher eine Entschädigungspflicht Platz auch dort, wo eine besondere gesetzliche Vorschrift darüber fehle.[23] Eine vierte Theorie endlich lehrt, Entschädigung schulde der rechtmäßig handelnde Staat nur in den Fällen, in denen ein Gesetz eine Schadenersatzpflicht ausdrücklich anordne.[24]

Jeder der erwähnten Lösungsversuche faßt das Problem als eine Kollision rechtmäßiger Interessen auf[25] und jeder von ihnen erblickt den Ausgleich für die Preisgabe des Privatinteresses in der vom Staate dem betroffenen Privaten geschuldeten Geldentschädigung. Keine dieser wissenschaftlichen Theorien will jedoch dem Privaten eine solche Entschädigung zusprechen wegen jeder Schädigung, die er durch rechtmäßige Handlungen der öffentlichen Verwaltung erleidet. Denn bestände eine so weitgehende Pflicht des Staates, so würde jeder neue Schritt der Verwaltung unübersehbare Schadenersatzansprüche auslösen. Es sind, darüber herrscht Einverständnis, stets nur qualifizierte Fälle, die für die Entschädigungspflicht in Betracht fallen. Welches sind diese aber? Die drei zuerstgenannten Theorien versuchen, jede in ihrer Art, die Frage mit einer allgemeinen Formel zu beantworten, die neben jedem Gesetz gelten soll und einer weitern Betätigung des Gesetzgebers nicht bedarf. Darin liegt die werbende Kraft dieser Lehren. Die Theorie von den wohlerworbenen Rechten behauptet, Schadenersatz werde vom Staate wegen jeder Ent-

---

[23] Otto Mayer II S. 351. — Otto Mayers Theorie ist von der Rechtsprechung des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts vorbehaltlos übernommen worden. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts I S. 24, Nr. 1c.

[24] Gegen eine allgemeine Entschädigungspflicht u. a. Loening, Verwaltungsrecht S. 255, Verwaltungsarchiv, II S. 461. v. Stengel und Anschütz in den oben (1) zitierten Arbeiten.

[25] Für das zivilrechtliche Gebiet: Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit (Archiv f. zivilist. Praxis Bd. 99 [1906] S. 1ff.).

ziehung oder Beschränkung eines Individualrechtes geschuldet, dem eine besondere Stärke gegen staatliche Eingriffe zuerkannt sei.[26] Die Theorie ist im Polizeistaat entstanden und hat dort, da andere Garantien gegen willkürliche Eingriffe des Staats in Freiheit und Eigentum der Bürger fehlten, den Untertan gegen den absoluten Herrscher geschützt. Im Verfassungsstaat bildet der Verfassungsgrundsatz, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger nur auf Grund eines unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande gekommenen Gesetzes zulässig sind, die Schutzwehr für die Individualrechte. Dem Rechtschutzbedürfnis, das im Polizeistaat Abstufungen der Individualrechte gezeitigt hat, ist im Verfassungsstaat durch die erwähnte neue Einrichtung genügt worden. Innerhalb des Kreises der Individualrechte kennt heute in Deutschland die Gesetzgebung keine Gradunterschiede mehr. Die Behauptung, daß solche bestehen, läuft auf eine petitio principii hinaus. Der Theorie von den wohlerworbenen Rechten haftet aber noch ein weiterer Mangel an: in dem Bestreben, einen Ersatzanspruch zu gewähren in allen Fällen, in denen die Billigkeit dies fordert, ist sie dazu gelangt, bloßen Interessen der Einzelnen den Stempel von individuellen Rechten aufzudrücken.[27] Diese Theorie vermag daher keine Begründung für eine allgemeine staatliche Entschädigungspflicht zu liefern. — Aber auch die Theorie vom „besondern Opfer" ist hierzu nicht imstande. Jedes neue Unternehmen der öffentlichen Verwaltung erzeugt für die verschiedenen Klassen der Bürger ungleiche Schädigungen und ungleiche Vorteile. Das liegt im normalen Lauf der Dinge, und niemand denkt daran, daß hier Anlaß für eine finanzielle Ausgleichung nach der aktiven oder passiven Seite vorhanden ist. Erst wenn der Nachteil ein besonderes Opfer einer bestimmten Person darstelle, das durch den staatlichen Eingriff in den unmittelbaren rechtlichen Machtkreis des betreffenden Individuums auferlegt worden sei, werde Entschädigung geschuldet. Diese Auffassung gibt als altes Gewohn-

[26] C. Christiansen, Über erworbene Rechte, Kiel 1856. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 192ff.

[27] So hat diese Theorie z. B. rein faktische Vorteile (Lage eines Grundstückes an einer öffentlichen Straße usf.) zu „Rechten" gestempelt (Anliegerrecht). Fleiner, Umbildung zivilrechtl. Institute durch das öffentliche Recht S. 20.

heitsrecht aus, was bloß eine alte Forderung der Billigkeit ist. Einen solchen Rechtssatz darf der Richter aber auch nicht aus seinem Rechtsgefühl frei heraus entwickeln. Das wäre ihm höchstens erlaubt, wenn sich das, was er für gerecht hält, zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung verdichtet hätte. Dafür fehlen aber die Voraussetzungen. Wir wissen, daß die staatlichen Akte und Einrichtungen für die Einzelnen in ungleichem Maße Vorteile und Nachteile erzeugen, und es gilt uns als selbstverständlich, daß der Begünstigte dem Staate eine Vorteilsausgleichung nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung schuldet; das Gesetz aber trifft eine solche Vorschrift nur für die Fälle, in denen nach seiner Auffassung der durch die öffentliche Tätigkeit dem Einzelnen zugewandte individuelle Vorteil das übersteigt, worauf jeder Einwohner einen unentgeltlichen Anspruch besitzt. Ebenso verhält es sich aber mit den Schädigungen. Die Anschauung darüber, ob eine bei rechtmäßiger Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügte Vermögensbeschädigung, die nicht durch die staatliche Aneignung eines Privatrechts verursacht worden ist, als ein von der allgemeinen Untertanenpflicht gefordertes Opfer vom Bürger stillschweigend getragen werden muß, hängt von der Stärke des Gemeinsinns der Einzelnen und von der Bedeutung ab, die man dem individuellen Vorteil beimißt, der durch den staatlichen Eingriff geschmälert worden ist. Eine solche Anschauung hat sich stets nur im Hinblick auf einen konkreten Eingriff entwickeln und daher nicht zu einem allgemeinen Gewohnheitsrecht ausweiten können, das für eine unübersehbare Zahl voneinander abweichender Fälle Geltung beansprucht. Da bei derartigen Vorgängen kein Rechtsübergang auf den Staat stattfindet, so fehlt endlich auch die Voraussetzung für eine analoge Anwendung der Expropriationsgrundsätze.

Aus diesen Erörterungen folgt, daß Entschädigung nur geschuldet wird, wenn ein Rechtssatz eine solche zuspricht.[28] In erster Linie hat man daher zu ergründen, ob eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift vorhanden ist, welche die

[28] Gegen die staatliche Entschädigungspflicht hat sich u. a. ein Erkenntnis der Jenenser Juristenfakultät v. 14. Juni 1879 mit eingehender Begründung ausgesprochen. Seuffert, Archiv f. d. Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe, Bd. 37, S. 312.

Gewährung von Entschädigung anordnet. Es braucht nicht wiederholt zu werden, daß — soweit eine Materie nicht reichsrechtlich geordnet ist[28a] — die Landesgesetzgebungen bei der Beantwortung der Frage, für welche Schädigungen Ersatz geleistet wird, erheblich voneinander abweichen.[29] Auf Einzelheiten ist an dieser Stelle nicht einzutreten. Nur auf zwei Grenzfälle sei aufmerksam gemacht: auf die Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung der sog. Justizschäden und Kriegsschäden.

[28a] Eine solche reichsrechtliche Regelung enthält die ReichsGewO § 51 (polizeiliche Untersagung eines Gewerbebetriebs gegen volle Entschädigung des Gewerbetreibenden). S. den Text der Stelle oben S. 191. Preuß. VerwBl. XXXIV 81. Reichsgericht in Zivils. Bd. 80, S. 299. Lagenstein, Gewerbepolizeierlaubnis S. 132ff. S. näheres darüber unten § 24. Ferner Preuß. Wassergesetz v. 1913 § 84 (Rücknahme einer Verleihung aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen Entschädigung).

[29] Beispiele: Wegen Einziehung oder Niveauveränderung einer Ortsstraße wird in dem einen Staat Entschädigung gewährt, im andern gar nicht oder nur in beschränktem Umfang (vgl. z. B. über die Entwicklung in Baden: Walz, Bad. Ortsstraßenrecht, 1900, S. 329. Flad, Bad. Ortsstraßengesetz, 1909, S. 331ff., dazu Neue württemberg. Bauordnung v. 28. Juli 1910, Art. 18). Wegen der Verhängung einer Bausperre wird in beschränktem Umfang Entschädigung gewährt nach dem preuß. Fluchtliniengesetz v. 1875, § 13, keine Entschädigung dagegen nach dem badischen Ortsstraßengesetz v. 1908 §§ 6, 30 und der württemberg. Bauordnung v. 1910, Art. 15. Vgl. dazu die Artikel „Bauwesen" im Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. I² S. 308ff. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts Bd. XXXI (1905) Teil 2, S. 543 (keine Entschädigung bei Bauverbot). — Besonders interessant: Reichsgesetz, betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten, v. 30. Juni 1900 § 28 (Entschädigung von Arbeitern für den Lohnausfall infolge von sanitarischer Absonderung). Ein lehrreiches Beispiel ist ferner in dem Gesetz für Elsaß-Lothringen v. 13. Februar 1905 betr. Abänderung verschiedener Justizgesetze Art. 3 enthalten: Wird durch Veranstaltung einer öffentlichen Arbeit oder den Betrieb eines dem öffentlichen Nutzen dienenden Unternehmens das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines andern beeinträchtigt, so hat der Veranstalter (Unternehmer) Ersatz zu leisten. — In weitgehendem Maße haben die neuen Wassergesetze Preußens und Badens den Interessenten, welche durch Herstellung, Verbesserung und Ausbau von Wasserwegen oder infolge der Verleihung von Sondernutzungsrechten (Stauwehren usw.) geschädigt werden, Ersatzansprüche zugebilligt. Z. B. Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913 §§ 45, 51, 77, 157, 159ff.; nach § 45 ist jedoch Entschädigung nur „insoweit zu gewähren, als die Billigkeit nach den Umständen eine Schadloshaltung erfordert". Badisches Wassergesetz v. 12. April 1913 §§ 41, 110 usw.

Den Unschuldigen, der auf Grund eines äußerlich formgerechten Verfahrens verurteilt oder verhaftet worden ist, hat ein formell rechtgemäßer Akt der Staatsgewalt getroffen; aber dieser Akt ist objektiv rechtswidrig, und um dieser Tatsache willen hat das Gesetz dem Geschädigten Ersatz gewährt.[30] Anders dagegen verhält es sich mit den Schäden, die im Drange des Krieges vom eigenen Heer dem Vermögen der eigenen Untertanen beigebracht werden. Unter dem Kriege leidet der Staat, wie der Einzelne, und darum spricht hier im allgemeinen kein Gebot der Billigkeit dafür, daß der Staat dem Bürger finanzielle Hilfe darreiche.[31]

Schweigt das Gesetz, so darf trotzdem nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, der durch einen konkreten Eingriff ge-

---

[30] Reichsgesetz, betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, vom 20. Mai 1898. Reichsgesetz, betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, vom 14. Juli 1904. Hans Tobler, Die Entschädigungspflicht des Staats gegenüber schuldlos Verfolgten, Angeklagten und Verurteilten, 1905 (Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft I). James Goldschmidt, Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften, 1910 und dort zitierte Literatur (Festgabe der Berliner jurist. Fakultät für Gierke, Bd. III S. 111) und von demselben Verfasser: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb S. 8, 15, 74. Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft", Bd. I² S. 499. Otto Mayer II S. 363. W. Rieker, Die Entschädigung unschuldig Verhafteter und Bestrafter, Heidelbg. Diss. 1911. Beling, Grenzlinien zwischen Recht u. Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, Tübinger Rektoratsrede 1913, S. 31.

[31] Otto Mayer II S. 365. Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, S. 827. v. Kirchenheim, Ad., „Kriegsschäden" im WB d. VerwR² II 690. C. Hofer, Der Schadenersatz im Landkriegsrecht, 1913 (Abhandlungen a. d. Staats-, Verwaltungs- u. Völkerrecht, herausg. von Zorn u. Stier-Somlo, XII Heft 1). — Über die sog. Tumultgesetze, die eine Haftung der Gemeinden aussprechen gegenüber den durch einen Aufruhr geschädigten Personen, vgl. G. Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts⁴ S. 146. D. Moericke, Die deutschen Tumultgesetze, 1910 („Die Rechtseinheit", herausg. von Kohler und Stier-Somlo, Heft V). Über das preuß. Recht (Moabiter Streikunruhen 1910), vgl. Ruer im Preuß. Verw.-Bl. XXXII 113. S. ferner DJZ. XV 1273, XVI 647. Siehe auch das franz. Recht bei Hauriou, Précis de Droit administratif⁷, p. 500; Berthélemy, Droit administratif⁷ p. 537. S. ferner Oertmann, Über die Haftpflicht der Gemeinde für Beschädigungen bei Löscharbeiten (Wirtschaft und Recht der Versicherung, 1912, S. 297ff).

schädigte Untertan gehe leer aus. Denn wenn es auch einen allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Satz über die öffentlichrechtliche Entschädigung nicht gibt, so ist doch in allen deutschen Staaten bei gewissen Arten von staatlichen Eingriffen die Vorstellung, die staatliche Entschädigungspflicht entspreche der Gerechtigkeit, so allgemein geworden, daß sie sich zu einer festen Rechtsüberzeugung verdichtet hat. Diese hat dabei regelmäßig nur den durch den staatlichen Eingriff verursachten Schaden berücksichtigt und hat nicht unterschieden, ob dieser Schaden durch eine Vernichtung oder Beschränkung von subjektiven (privaten oder öffentlichen) Rechten des Individuums oder von bloß tatsächlichen Vorteilen (Vorteil der Lage eines Hauses usf.) veranlaßt worden ist.[32] Wenn die Gerichte auf derartige feste und seit langem eingewurzelte Rechtsüberzeugungen gestoßen sind, haben sie diese mit Hilfe überlieferter Formeln zu rechtfertigen versucht, und so hat auch das bequeme Dogma von der Unverletzlichkeit „wohlerworbener Rechte" sein Leben weiter gefristet. So haben die Gerichte nicht selten, um die Schadenersatzpflicht aus ihnen vertrauten Anschauungen heraus zu begründen, ihre Zuflucht zu der Behauptung genommen, das durch den staatlichen Eingriff geschädigte Recht des Individuums habe auf einem zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Privaten geschlossenen Vertrag beruht, der staatliche Eingriff stelle somit eine zu Schadenersatz verpflichtende Vertragsverletzung dar. Auf diese Weise hat die Rechtsprechung in der Rheinprovinz und im Gebiet des Allgemeinen Landrechts, um bei der Verlegung von Ortsstraßen die von der allgemeinen Rechtsüberzeugung geforderte Entschädigungspflicht der Gemeinden zu beweisen, zu der Theorie gegriffen, es sei zwischen dem Straßenanlieger und der Gemeinde durch stillschweigenden Vertrag ein besonderes servitutarisches Anlieger-

---

[32] v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts Bd. I S. 156, 319, 320. — Eine Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörde von dem Eisenbahnkonzessionär im öffentlichen Interesse Leistungen verlangt, die nicht in den Konzessionen vorgesehen sind; die Praxis läßt in solchen Fällen einen Entschädigungsanspruch zu (vgl. unten § 19). Über einen analogen Fall, nämlich die Entschädigung wegen Verkürzung des Beamtengehalts: Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts XVI (1890) S. 435.

recht begründet worden.[33] In Wirklichkeit ist unter dieser falschen Flagge ein Gewohnheitsrecht gesegelt. Nachdem die Flagge ihren Dienst getan, ist es nunmehr unsere Aufgabe, die wahre Natur des Satzes, den sie gedeckt hat, zu erkennen und zur Geltung kommen zu lassen.

Ersatzpflichtig ist regelmäßig derjenige Verband (Staat, Gemeinde usf.), in dessen Interesse der Eingriff vorgenommen worden ist.[34] Gegenstand der Ersatzpflicht bildet der durch den obrigkeitlichen Eingriff entstandene Vermögensschaden.[34a] Diesen — und nur diesen — hat der Verpflichtete in Geld auszugleichen.[35]

---

[33] Es genügt zu verweisen auf Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl., I S. 147, und vor allem auf die eingehende Abhandlung von W. Dreyer, Der Entschädigungsanspruch der Straßenanlieger (Verwaltungsarchiv XVII S. 195, XX 161 und die dort in umfassender Weise angeführte Literatur und Judikatur). Dazu noch die Urteile des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 2. Dezember 1908, 16. Sept. 1911 und 8. Juli 1912 (Entsch. Bd. 70, S. 77; Soergel V 354; Preuß. Verw. Bl. XXXIV 151). Kamptz u. Delius, Rechtsprechung, Erg.-Bd. 1906 bis 1910, S. 114ff. Siehe auch unten § 22. Vgl. ferner Herbert Schelcher, Entschädigung des Straßenanliegers (Fischers Zeitschrift f. Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung Bd. 34 [1908] S. 1ff.).

[34] Landmann, Gewerbeordnung I[6] S. 519. Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 472. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 78, S. 340; Bd. 80, S. 299 (Staat und Gemeinde als Gesamtschuldner). Nach dem Reichsviehseuchengesetz v. 26. Juni 1909 § 67 müssen die Entschädigungen für Tiere, die auf polizeiliche Anordnung getötet worden sind, aus Staatsmitteln bestritten werden, während für alle übrigen Fälle die Landesgesetzgebung frei bestimmen darf, von wem Entschädigung für Viehverluste zu gewähren ist.

[34a] Der Anspruch verjährt im Allgemeinen in 30 Jahren. Reichsgericht in Civilsachen Bd. 78, S. 202.

[35] Nur für den erlittenen Vermögensschaden wird grundsätzlich Ersatz gewährt — auch bei der Entschädigung unschuldig Verhafteter und unschuldig Verurteilter (vgl. das oben S. 287 Anm. 30 zitierte Reichsgesetz v. 1898 § 2 und Reichsgesetz v. 1904 § 3). Wie oben im Text, S. 288, hervorgehoben wurde, liegt ein Vermögensschaden nicht bloß bei Verletzung von Vermögensrechten, sondern auch bei Verletzung von vermögenswerten Rechtsgütern und Interessen vor. v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts I S. 320. Nicht jeder durch den staatlichen Eingriff verursachte Nachteil ist jedoch Schaden im Rechtssinn. Bestritten ist in dieser Hinsicht, ob die Verscheuchung von Wild durch Truppenübungen für den Jagdberechtigten einen „Schaden" darstellt, der nach dem Reichsgesetz über die Naturalleistungen f. d. bewaffnete Macht im Frieden, v. 1875/1898,

Daher darf er bei der Bemessung der Schadenersatzsumme auch die allfälligen Vorteile in Anrechnung bringen, die dem Vermögen des Geschädigten zugeführt worden sind durch die Errichtung des öffentlichen Unternehmens (Verbreiterung einer Straße. Veränderung des Flußlaufs usf.), zu dessen Gunsten der Eingriff erfolgt ist.[36]

II. Im Kreise der besprochenen Erscheinungen nimmt, wie gezeigt wurde, die Expropriation (Zwangsenteignung im engeren Sinne) eine besondere Stellung ein.[37] Der Staat ist befugt, im öffentlichen Interesse durch einseitigen öffentlichrechtlichen Akt, Eigentum von Privatpersonen an sich zu ziehen oder — was dem gleich kommt — beschränkte dingliche Rechte aufzuheben,[37a] oder solche zu seinen Gunsten an

§ 14, von der Militärbehörde entschädigt werden muß. Laband, Staatsrecht IV[4] S. 284, verneint die Frage mit Recht, Karl Dickel bejaht sie („Über das Hegerecht des sog. Jagdberechtigten und die Ersatzpflicht des Militärfiskus für Schädigung der Jagd durch Truppenübungen"; Festgabe der Berliner jurist. Fakultät f. Gierke, Bd. II [1910] S. 357 besonders S. 490). S. auch Entscheidungen des Preuß. OVG Bd. 57, S. 424. Die Höhe der Schadenersatzsumme ist im Zweifel nach Billigkeit zu bemessen. Dies hebt ausdrücklich das Preuß. Wassergesetz § 45. (s. oben S. 278) hervor.

[36] Über die ganze Frage F. Fleiner, Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung (Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Basel für Andreas Heusler, 1904 S. 92ff., insbes. 110ff.). Ausdrücklich wird bei der Zubilligung öffentlichrechtlicher Entschädigung die Vorteilsanrechnung verfügt in den Vorschriften des preußischen und des badischen Wasserrechtes. Preuß. Wassergesetz v. 1913 §§ 3, 84; Badisches Wassergesetz v. 1913 § 110, Ziff. 3.

[37] Die Darstellung des Textes beabsichtigt nicht, mehr zu erörtern als die Grundgedanken. Eine ausgezeichnete Übersicht über das geltende Recht der Zwangsenteignung gibt Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 464 ff. (daselbst auch reiche Literaturangaben). Grünhut, Art. „Enteignung" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften III[3] S. 955. Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts (Staats- und völkerrechtl. Abhandlungen von Jellinek und Anschütz, Bd. III). Otto Mayer, I §§ 33, 34. Aus der Kommentarliteratur: Georg Eger, Das preuß. Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 1874, 3. Aufl., 2 Bde., 1911. Schelcher, Das Enteignungsgesetz für das Königreich Sachsen v. 24. Juni 1902, Leipzig 1903. Vgl. ferner Schelcher, Art. „Enteignung", im WB d. VerwR[2] Bd. I S. 717ff.

[37a] Um sich z. B. dadurch freies Eigentum an dem mit dem beschränkten dinglichen Rechte belasteten Grundstücke zu verschaffen.

fremden Sachen zu begründen. Die Expropriation erfolgt regelmäßig zu dem Zwecke, dem Exproprianten private Rechte zu verschaffen. In diesem Sinn ist sie ein öffentlichrechtlicher Akt mit privatrechtlichen Wirkungen.[38] Aber der Expropriant (Enteigner) leitet sein Recht nicht von der Person des bisherigen Berechtigten ab. Dieser ist bei dem ganzen Vorgang nur passiv beteiligt: er muß die Rechtsentziehung über sich ergehen lassen.[39] Die Zwangsenteignung vermittelt originären Rechtserwerb. Darum erlöschen von Gesetzeswegen mit dem Übergang des enteigneten Rechts auf den Exproprianten alle dinglichen Rechte, die auf der Sachherrschaft des Enteigneten (Expropriaten) beruht haben, und ferner ist bei der Expropriation der Eigentumsübergang unabhängig von der Eintragung in das Grundbuch.

Nur der Herrscher Staat besitzt die Gewalt, den Untertanen Privatrechte in dieser Weise zu entziehen. Er ist überall der Enteigner (Expropriant). Das schließt nicht aus, daß er enteignet zu Gunsten eines öffentlichrechtlichen Verbands innerhalb des Staats (Gemeinde, Kommunalverband usf.) oder gar eines Privaten, der auf Grund staatlicher Konzession ein öffentliches Unternehmen betreibt (Eisenbahnunternehmen). Eine solche „Verleihung des Enteignungsrechtes" begründet in der Person des „Unternehmers" ein subjektives öffentliches Recht, kraft dessen er vom Staate verlangen darf, daß dieser zu seinen, des Unternehmers, Gunsten Dritten dingliche Rechte entzieht, und daß er ihn im Expropriationsverfahren als beteiligte Partei zuläßt.[40]

Zu den „dinglichen Rechten" rechnet, in extensiver Interpretation, die Praxis der meisten Staaten auch subjektive öffentliche Rechte auf die Benutzung öffentlicher Sachen (Wasserkraft; Bürgernutzungen usf.); auch sie können Gegenstand der Enteignung sein, selbständig oder als Bestandteil eines Grundstückes. Layer, Enteignungsrecht S. 567ff. Eger, Preuß. Enteignungsgesetz I S. 102ff.

[38] Laband, Das Wesen des Retrakts und der Expropriation (Arch. f. zivilist. Praxis, Bd. 52, S. 151).

[39] Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 112. Schelcher, Sächs. Enteignungsgesetz S. 23ff.

[40] Die verschiedenen Meinungen über die Frage stellt zusammen Otto Fischer, Expropriationsverträge (Heidelberger juristische Doktordissertation, 1910) S. 9ff. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 91.

1. In jedem deutschen Staat hat ein allgemeines Expropriationsgesetz die Voraussetzungen und das Verfahren der Expropriation bestimmt.[41] Neben diesen allgemeinen Gesetzen gibt es für Spezialzwecke noch Spezialgesetze.[42] Überall ist die Expropriation nur für ein gemeinnütziges Unternehmen zulässig; zur Förderung rein fiskalischer Zwecke ist sie ausgeschlossen. Ein „Expropriationsfall" liegt nur vor, wenn ein bestimmtes öffentliches Interesse die Aufopferung eines Einzelrechtes fordert.[43] Den

---

[41] Eine Zusammenstellung der Gesetze bei: Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts,[4] § 54. — Das Reich besitzt kein allgemeines Expropriationsgesetz; es ist nur in einzelnen Fällen zur Vornahme einer Expropriation zuständig; vgl. z. B. Reichsverfassung, Art. 41 (Eisenbahnen); Art. 65 (Festungen). v. Seydel, Kommentar zur Reichsverfassung, 2. Aufl., S. 269—270.

[42] Ein solcher spezieller Expropriationsfall ist z. B. das in den Eisenbahngesetzen dem Staate vorbehaltene Recht des „Rückkaufs" einer Privatbahn. Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 469, Anmerk. 17. Fritsch, im Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., I S. 664. A. M.: Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 148; er erblickt in der „Rückkaufsklausel" der Eisenbahnkonzessionen einen Widerrufsvorbehalt. Vgl. auch unten § 19. — In diesem Zusammenhang sind ferner zu erwähnen das Preuß. Gesetz über Maßnahmen zur Stärkung des Deutschtums in den Provinzen Westpreußen und Posen, v. 20. März 1908, das aus rein politischen Rücksichten die Zwangsenteignung polnischen Grundbesitzes zuläßt (Jahrb. d. öff. R. III S. 451) und endlich das Preuß. Quellenschutzgesetz v. 14. Mai 1908, das zur Expropriation von gemeinnützigen Quellen ermächtigt, die vom Eigentümer nicht in einer den Bedürfnissen der öffentlichen Gesundheitspflege entsprechenden Weise unterhalten werden (Jahrb. d. öff. R. III 463). Über Zwangsenteignung zum Zwecke der Feldbereinigung s. WB d. Verw R² I 752, Art. „Feldbereinigung". Über die „Umlegung" von Grundstücken s. unten Anmerk. 46.

[43] Zu einer Kollision kommt es, wenn für ein mit dem Expropriationsrechte ausgestattetes Unternehmen ein Objekt beansprucht wird, das selbst einem öffentlichen Zwecke dient und das vielleicht sogar seiner Zeit selbst durch Expropriation dem betreffenden öffentlichen Unternehmen gewidmet worden ist. In solchen Fällen hat die zuständige Verwaltungsbehörde darüber zu entscheiden, welches Interesse vorgeht. (Eine Vorschrift dieses Inhalts im Württemberg. Zwangsenteignungsgesetz, Art. 3.) Als ausgeschlossen erscheint, daß z. B. der mit dem Expropriationsrechte ausgestattete Eisenbahnunternehmer einen öffentlichen Weg einfach expropriieren dürfte. Otto Mayer, Eisenbahn- und Wegerecht (Archiv f. öffentl. Recht XV S. 511; XVI S. 38, 203). Über die ganze

Schutz gegen eine Überspannung des öffentlichen Interesses haben einzelne Gesetzgebungen (z. B. in Bayern) durch Aufstellung eines allgemeinen Kataloges der Expropriationsfälle zu erreichen versucht. Dadurch ist jedoch die Bewegungsfreiheit der Verwaltung wesentlich erschwert worden. Andere Staaten (Hamburg, Lübeck, Bremen) verlangen für jeden Fall der Zwangsenteignung ein Spezialgesetz. Die meisten deutschen Landesgesetze dagegen behalten im Allgemeinen die Entscheidung über die Zulässigkeit der Expropriation einer von Fall zu Fall zu erlassenden besonderen Verfügung des Landesherrn oder des Staatsministeriums vor (Preußen, Württemberg, Sachsen, Baden usf.), die für Gerichte und Verwaltungsbehörden bindend ist.[44] Diese Lösung setzt die Verwaltungsbehörde in den Stand, bei der Zulassung der Expropriation den fortschreitenden Anforderungen der Zeit Rechnung zu tragen.[45]

2. Die Enteignung darf dem Privaten nicht mehr wegnehmen, als für die Errichtung des öffentlichen Unternehmens unbedingt erforderlich ist. Daher ist Totalenteignung eines Grundstückes ausgeschlossen, wenn mit der Teilenteignung den Zwecken des öffentlichen Unternehmens genügend gedient ist, und zu einer Entziehung des Eigentums darf überhaupt nicht geschritten werden, wenn zur Befriedigung des öffentlichen Bedürfnisses die Auferlegung einer Servitut ausreicht.[46]

Frage: Schelcher, Sächs. Enteignungsgesetz S. 52ff. Eger, Preuß. Enteignungsgesetz I S. 15ff.

[44] Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse S. 20ff. Nur in Bayern ist die Frage, ob das einzelne, an sich zur Erwerbung des Expropriationsrechts geeignete Unternehmen in concreto „öffentlichen notwendigen und gemeinnützigen Zwecken dient" zur Verwaltungsrechtssache gestempelt. über die in erster Instanz die Kreisregierung, in zweiter Instanz der Verwaltungsgerichtshof zu urteilen hat. Soergel V 324. v. Seydel-Piloty, Bayer. Staatsrecht I S. 889.

[45] Bayr. VGH. 19. April 1911: die „Abtretungspflicht" greift nicht nur dann Platz, wenn das Unternehmen ohne die in Anspruch genommenen Grundstücke überhaupt nicht zu erreichen ist, sie tritt schon dann ein, „wenn der ins Auge gefaßte Zweck nach allen vorliegenden Umständen am besten und sachgemäßesten durch die Verwendung bestimmter Grundstücke erreicht wird". Soergel IV S. 442. Überblick über die Expropriationsfälle bei Eger, Preuß. Enteignungsgesetz I S. 20.

[46] Demselben Gedanken ist die Vorschrift einzelner Gesetze über den „Rückerwerb" expropriierten Gutes entsprungen: wird das Unter-

3. Die Zwangsenteignung darf nur gegen vorgängige volle Geldentschädigung erfolgen.[47] Diese hat alle, auch die indirekten

---

nehmen nicht ausgeführt, so sollen der Enteignete und seine Erben gegen Rückzahlung der Expropriationsentschädigung das nicht verwendete Grundstück zurückverlangen können. Schelcher, Sächs. Enteignungsgesetz S. 448 und dort zitierte Stellen. Layer, Enteignungsrecht S. 432f — In Abweichung von diesen Grundsätzen über die Beschränkung der Expropriation auf das unbedingt Erforderliche gewähren die meisten Gesetze bei der Teilenteignung dem Expropriaten das Recht, vom Exproprianten die Übernahme des ganzen Grundstückes verlangen zu dürfen, „wenn das Grundstück durch die Abtretung so zerstückelt werden würde, daß das Restgrundstück nach seiner bisherigen Bestimmung nicht mehr zweckmäßig benutzt werden kann" (Preuß. Enteignungsgesetz § 9). Layer, Enteignungsrecht S. 422ff. Man spricht hier von einem „Ausdehnungsrecht". Andrerseits haben neuere außerdeutsche Gesetze ausnahmsweise den Stadtverwaltungen als Exproprianten die Enteignung ganzer Zonen gestattet (Zonenexpropriation), um in städtischen Quartieren bessere sanitäre Zustände herbeiführen zu können. Fleiner, Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung (Festgabe der jurist. Fakultät Basel f. Heusler, 1904) S. 108ff. Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts XXXI (1905) Teil I S. 645. Bredt, Die Zonenenteignung, 1909. Über das neuere französische Recht: Jèze im Jahrb. d. öff. R. VII 316. — Ebenso ist zur Gewinnung günstigerer Überbauungsverhältnisse in Frankfurt a. Main, gestützt auf ein preußisches Spezialgesetz (lex Adickes) vom 28. Juli 1902, 8. Juli 1907, das später durch die Gesetze vom 28. Juli 1911 auf die Städte Posen und Cöln und durch die Gesetze v. 3. Juni 1912 und 5. Juni 1913 auf Wiesbaden und Griesheim a. Main ausgedehnt wurde, und ferner im Großherzogtum Baden, gestützt auf das Ortsstraßengesetz von 1908, § 13ff., die sog. Umlegung von Grundstücken eingeführt worden, d. h. die zwangsweise Zusammenlegung und Neueinteilung von Bauplätzen. Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung II[2] S. 751, Art. „Umlegung von Grundstücken". Flad, Bad. Ortsstraßengesetz S. 86ff., 238ff.

[47] Dem Expropriaten steht es frei, an Stelle der Geldentschädigung eine vom Unternehmer angebotene Naturalentschädigung (Grundstücke, elektrische Energie u. a. m.) anzunehmen. Aber weder ist der Enteignete hierzu verpflichtet, noch der Unternehmer berechtigt, Naturalentschädigung aufzudrängen, es wäre denn, daß Spezialgesetze dies besonders anordneten. Das trifft z. B. bei der Zusammenlegung der Grundstücke zum Zwecke der sog. Feldbereinigung zu. Wittich, Art. „Zusammenlegung d. Grundstücke" im Handwörterbuch d. Staatswissenschaften VIII[3] S. 1111. Ein interessanter Fall ist ferner im Schweiz. Zivilgesetzbuch, Art. 711, erwähnt: wenn eine Quelle enteignet wird zu Zwecken einer Trinkwasserversorgung, so kann die Entschädigung des Eigentümers in der Zuleitung von Wasser aus der neuen Anlage bestehen.

Nachteile auszugleichen,[47a] welche dem Vermögen des Expropriaten durch die Expropriation zugefügt werden. Doch sind bei der Teilenteignung, sofern die Gesetze nicht ausdrücklich ein anderes vorschreiben, die Vorteile, die dem Restbesitz des Expropriaten infolge der Errichtung des neuen öffentlichen Unternehmens zufließen, auf die Entschädigungssumme anzurechnen.[48] Die Höhe der Entschädigung wird durch besondere Schätzungskommissionen festgestellt. In allen deutschen Staaten, mit Ausnahme Hamburgs, bleibt jedoch dem Expropriaten (und meist auch dem Exproprianten) die Befugnis gewahrt, diese Schätzungsurteile auf dem Rechtswege anzufechten.

4. Das Expropriationsverfahren gliedert sich in vier Stadien, deren Aufgaben aus den vorstehenden Erörterungen ersichtlich sind: Bestimmung des Expropriationsfalles, Feststellung des Expropriationsobjektes, Feststellung der Entschädigung[49] und Vollziehung der Expropriation. Dieser letzte Akt stellt den Abschluß, das Ziel des ganzen Verfahrens dar. Er setzt somit voraus, daß alle Stadien formgerecht durchlaufen und alle Anstände beseitigt sind. Dazu gehört aber, daß die Entschädigungssumme gezahlt oder sichergestellt ist. Denn nach allen Verfassungsurkunden ist die Expropriation nur zulässig nach vorgängiger voller Entschädigung des Enteigneten. Ist dies alles in Ordnung, so wird die Rechtsveränderung vollzogen durch eine Verfügung der zuständigen Staatsbehörde.

[47a] Aber nur so weit sie durch die Expropriation verschuldet sind. Reichsgericht i. Civilsachen Bd. 80, S. 329 (Wertzuwachssteuer?); Spruchsammlung 1912 der DJZ. S. 178 (gezahlte Anliegerbeiträge?).

[48] Das ist sehr bestritten. Vgl. die nähere Begründung bei Fleiner, Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung, S. 111ff. Eger, Preuß. Enteignungsgesetz I S. 264ff. und dort zitierte Autoren. R. Straub, Die Wertbemessung nach badischem Enteignungsrecht, Heidelberger Dissertation, 1911, S. 55ff. Das Reichsgericht versucht zwischen den allgemeinen Vorteilen, welche das Unternehmen Jedermann bringt, und den besonderen Vorteilen zu unterscheiden, welche dem Expropriaten speziell erwachsen. Nur die besonderen Vorteile erklärt es für anrechnungsfähig. Reichsgericht i. Civils. Bd. 53, S. 194; Bd. 57 S. 242; Eisenbahnrechtl. Entscheidungen Bd. 28, S. 437. Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts XXIX (1903) T. 2 S. 222.

[49] Klage auf Einleitung der Entschädigungsfeststellung (preuß. Recht): Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 69, S. 159, Bd. 78, S. 425; Spruchsammlung 1912 der DJZ S. 179.

Der Expropriant (oder der Unternehmer) und der Expropriat haben es regelmäßig in der Hand, die Umständlichkeiten dieses Verfahrens abzuschneiden durch Abschluß eines Vertrages, in dem entweder eine Einigung über das Expropriationsobjekt oder über die Höhe der Entschädigung oder über beides zugleich herbeigeführt wird. Solche Verträge bilden einen Teil des Expropriationsverfahrens. Sie stehen unter dem Bann der Expropriation; ihr Gegenstand bildet somit ein durch das öffentliche Recht geregeltes Rechtsverhältnis. Damit ist ausgesprochen, daß diese Verträge selbst dem öffentlichen Rechte unterstellt sind.[50]

[50] Diese Ansicht ist angefochten. Vgl. darüber die oben, S. 291, Anm. 40, zitierte Arbeit von Otto Fischer, Expropriationsverträge, 1910. Daselbst sind S. 34ff. die verschiedenen Ansichten erörtert. (Fischer erblickt in solchen Vereinbarungen privatrechtliche Verträge.) Die öffentlichrechtliche Bedeutung eines Expropriationsvertrages würdigt gut ein Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 9. Juni 1905 (Entsch. Bd. 61, S. 102). Vgl. auch Soergel, I S. 426. Schweiz. Juristenzeitung V S. 169.

Besonderer Teil.

Erstes Kapitel.

Der Verwaltungsapparat und seine Leistungen.

1. Die öffentlichen Anstalten.

§ 18. Begriff der öffentlichen Anstalt.[1]

I. Die Verwaltung des Staates und der öffentlichrechtlichen Verbände faßt sachlich zusammengehörige Aufgaben zu Einheiten zusammen. Dadurch entstehen die verschiedenen Verwaltungszweige (Inneres, Finanzen usf.). Es ist möglich, daß auch innerhalb der einzelnen Verwaltungszweige in dieser Weise weitergegliedert wird (Bauwesen, Straßenwesen usw.). Jeder dieser Abteilungen ist zur Besorgung ihrer Aufgaben eine Summe von Arbeitskräften und von sachlichen und rechtlichen Mitteln (von Gebäuden, Bargeld, Apparaten, privatrechtlichen Befugnissen, Herrschaftsrecht u. dgl.) zur Verfügung gestellt. Einen solchen Bestand von Personen und Mitteln, der technisch zu einer Einheit zusammengefaßt ist, nennen wir eine öffentliche Anstalt. In der öffentlichen Anstalt tritt somit regelmäßig ein fest umschriebenes Stück der öffentlichen Verwaltungstätigkeit in die Erscheinung. Sofern dieses einen Teil der allgemeinen Verwaltungstätigkeit des Staates oder der Gemeinde bildet, besitzt die Anstalt keine eigene Rechtspersön-

[1] Otto Mayer, II §§ 51, 52. F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts S. 231ff. Ernst Toepfer, Der Begriff der öffentlichrechtlichen Gebühr (Tübinger Staatswissenschaftl. Dissertation, 1909), S. 39ff. Hans Nawiasky, Deutsches u. österreichisches Postrecht; ein Beitrag zur Lehre von den öffentlichen Anstalten, I 1909, S. 7ff. Kormann, Erhebung öffentlicher Abgaben für die Kostendeckung „gewerblicher Unternehmungen" von Gemeinden und Kommunalverbänden (Preuß. Verw. Bl. XXXIV 393). Kormann, Art. „Öffentliche Anstalt" im WB d. VersR III 1; Einführung in die Praxis des Verwaltungsrechts, I 1914, S. 11ff. Für das französische Recht s. Hauriou, Précis de Droit administratif[7] p. 56, 468. Berthélemy, Droit administratif[7] p. 24.

lichkeit; man spricht in diesem Fall von einer unselbständigen Anstalt. Hat aber das Gesetz für die Besorgung einer bestimmten Verwaltungsaufgabe einen Bestand von Mitteln derart aus der allgemeinen Verwaltungsorganisation ausgeschieden, daß er nicht nur technisch, sondern auch rechtlich ein besonderes Dasein mit eigener Rechtspersönlichkeit führen soll, so hat es eine selbständige Anstalt ins Leben gerufen.[2] Ob daher eine öffentliche Schule oder ein öffentliches Krankenhaus eine selbständige oder unselbständige Anstalt darstellt, läßt sich nur an Hand der für sie geltenden besonderen Rechtsvorschriften beurteilen. Die juristische Selbständigkeit oder Unselbständigkeit einer Anstalt ist in erster Linie von zivilrechtlicher Bedeutung;[3] verwaltungsrechtlich dagegen erscheint die unselbständige Anstalt in gleicher Weise als Träger öffentlicher Verwaltung, wie die selbständige.

Ob eine öffentliche Anstalt von einem öffentlichrechtlichen Verband (Staat, Gemeinde usw.) aus eigenem freien Willensentschluß oder aber kraft einer vom Gesetze auferlegten Pflicht errichtet wird, ist für ihre rechtliche Ausgestaltung nicht ausschlaggebend.[3a]

---

[2] Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 635. Regelsberger, Pandekten, I S. 341.

[3] Ebenso von völkerrechtlicher Bedeutung. Nach der von der II. Haager Konferenz d. J. 1907 beschlossenen Konvention über die Gebräuche des Landkrieges unterliegt der Konfiskation eines siegreichen Feindes nur das Eigentum des besiegten Staates, nicht auch das der selbständigen Anstalten im Feindesland. (Art. 53). — Zu staatsrechtlicher Bedeutung gelangte diese Unterscheidung nach der Lostrennung des Kantons Basel-Land von dem Kanton Basel-Stadt; durch Schiedsspruch wurde die Universität zu Basel als eine unselbständige Anstalt erklärt, deren Vermögen in die Teilungsmasse einzubeziehen sei. Snell, Handbuch des Schweiz. Staatsrechts I S. 125; II S. 369 (Literatur).

[3a] Eine Pflicht zur Errichtung einer kommunalen Wasserversorgung und Kanalisation begründet das Reichsgesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten (Epidemiengesetz) v. 30. Juni 1900 § 35: Die Gemeinden können nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit zur Herstellung von „Einrichtungen für Versorgung mit Trink- oder Wirtschaftswasser und für Fortschaffung der Abfälle jederzeit angehalten werden, sofern dieselben zum Schutz gegen übertragbare Krankheiten erforderlich sind". Preuß. OVG. 2. Februar 1912 (Entscheidungen Bd. 61, S. 157). Andererseits Bd. 62, S. 181 (Zwang zur Anlegung von Begräbnisplätzen!) S. auch die Aufsätze über die „Gemeindewasserversorgung vom Stand-

Alle öffentlichen Anstalten werden durch Sätze des öffentlichen Rechts organisiert. Ihre Grundlage ist öffentlichrechtlich. Sind sie auch in den übrigen Beziehungen dem öffentlichen Recht unterstellt? Das ist gerade für die neuern Gebilde dieser Art bestritten: für Staatseisenbahnen, städtische Trambahnen, staatliche Post- und Telegraphenanstalt, kommunale Wasserversorgung, städtische Schlachthöfe, öffentliche Sparkassen und Leihhäuser, städtische Gasanstalten und Elektrizitätswerke, städtische Fäkalienabfuhr, öffentliche Leichenbestattung u. a. m.[4] Staat und Gemeinden haben häufig derartige Unternehmungen aus den Händen Privater erworben und sie in die staatliche Verwaltung übergeführt, oder sie haben diese Anstalten begründet nach dem Vorbild bestehender Betriebe von Privatpersonen und Privatgesellschaften. Der Gedanke liegt deshalb nahe, in ihnen Gewerbebetriebe zu erblicken und für sie demgemäß nach allen Richtungen das Privatrecht als anwendbar zu erklären. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß auch Staat und Gemeinden ein Gewerbe errichten und betreiben und im juristischen Sinne als Kaufleute auftreten können (fiskalische Unternehmungen, Betriebsverwaltungen).[5]

Mit dem Betrieb der erwähnten Anstalten suchen Staat und Gemeinden ihren Angehörigen bestimmte Nutzungen zuzuführen. Auf den Erfolg hin angesehen verrichtet somit die öffentliche Verwaltung nichts anderes, als ein Privater, der ein gleichartiges Unternehmen betreibt. Aber der Zweck beider ist verschieden.

punkte des preuß. Verwaltungsrechts" in der Ztsch. „Wasser und Gas" Jhg. 1912/13 S. 282 und im Technischen Gemeindeblatt XVI 59. Wiener, Bad. Wasserrecht, 1913, S. 45.

[4] Vgl. das Sammelwerk „Gemeindebetriebe", neuere Versuche und Erfahrungen über die Ausdehnung der kommunalen Tätigkeit in Deutschland und im Ausland, im Auftrag des Vereins für Sozialpolitik herausgegeben von Carl Johann Fuchs; erscheint seit 1908 (s. dazu Freund im Verwaltungsarchiv XVII 281, XVIII 98, XIX 273 XXI 456). W. v. Blume Kommunalpolitik (Handbuch der Politik I 224). Ferner die Referate von Gascon Marin, Max Weiß und Henri Nézard in dem Sammelwerk „Les administrations communales" (Congrès international des sciences administratives, Bruxelles, 1910, section I Abt. 8).

[5] Handelsgesetzbuch § 36. Riesenfeld, Kaufmannseigenschaft und Eintragungspflicht der Kommunalverbände nach dem Handelsgesetzbuch (Preuß. Verwaltungsblatt XX S. 106; vgl. dazu die Erörterungen von Stier-Somlo, im Verwaltungsarchiv X 571).

Für den Privaten ist der Betrieb des erwähnten Unternehmens ein Mittel zur Gewinnerzielung, die öffentliche Verwaltung dagegen nimmt damit öffentliche Fürsorge wahr. Das wirkt von selbst zurück auf die ganze Natur des Unternehmens. Es genügt, auf ein einziges Beispiel, die staatliche Arbeiterversicherung, hinzuweisen.[6] Der Zweck der Arbeiterversicherung ist ein wirtschaftlicher: es gilt, den unselbständig Erwerbenden gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit, Unfall, Alter und Invalidität sicherzustellen (securum facere). Äußerlich betrachtet, gewinnt somit der versicherte Arbeiter durch die staatliche Arbeiterversicherung dasselbe, was er durch den Abschluß eines privaten Versicherungsvertrags mit einer Versicherungsgesellschaft erreicht. Trotzdem sind die von Reichswegen zur Gewährung von Versicherungsleistungen verpflichteten öffentlichrechtlichen Verbände, die sog. Träger der Versicherung, juristisch nicht einfach an die Stelle von privaten Versicherungsanstalten getreten. Die öffentliche Arbeiterversicherung ist ein Akt der Fürsorge des Staates für seine Untertanen. Ob die obenerwähnten Unternehmungen des Staats und der Gemeinden als Gewerbebetriebe zu betrachten sind, läßt sich somit nicht mit einer allgemeinen Formel und nicht nach äußerlichen Merkmalen beantworten. Man hat in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob in dem konkreten Unternehmen die für den Gewerbebetrieb charakteristische Erwerbsabsicht zu Tage tritt. Ist die Übernahme oder die Gründung einer der erwähnten Anstalten in erster Linie darum erfolgt, um durch den Betrieb der Anstalt der öffentlichen Kasse eine Einnahmequelle zu verschaffen, so liegt eine Gewerbe vor. Hat sich dagegen die zuständige Behörde bei der Errichtung der Anstalt von der Erwägung leiten lassen, es sei Sache der öffentlichen Verwaltung, dafür zu sorgen, daß die durch die bestimmte Anstalt erzeugten Leistungen allen Bürgern gleichmäßig und zu gleichen, billigen Bedingungen zuteil werden — dann betreibt die öffentliche Verwaltung kein Gewerbe.[7] Dieser

[6] Über das Wesen der Arbeiterversicherung: Laband, Staatsrecht III[5] S. 289. Deutsches Reichsstaatsrecht[6] S. 301. v. Seydel-Grassmann, Bayr. Verwaltungsrecht § 237. Rosin, Recht der Arbeiterversicherung Bd. I (1893) S. 255. Piloty, Arbeiterversicherungsgesetze Bd. III S. 1ff.

[7] Landmann, Gewerbeordnung I[6] S. 42. Nelken, Gewerberecht in Preußen I, 1906, S. 177. — Kein Gewerbe stellt ferner dar die Her-

Satz erleidet keine Einschränkung, auch wenn das Unternehmen einen Gewinn abwerfen sollte; denn ein solcher würde sich lediglich als zufälliges Nebenprodukt darstellen.[8]

Mit der Feststellung, ein konkretes Unternehmen sei kein Gewerbe, ist aber nicht endgültig entschieden, daß darauf das öffentliche Recht Anwendung finden muß. Denn das Gesetz hat es in der Hand, auch einzelne Beziehungen einer nichtgewerblichen Anstalt dem Privatrecht zu unterstellen.[9] Es sei nur daran erinnert, daß das Verhältnis der Staatseisenbahnen zu ihren Benutzern im wesentlichen als ein privatrechtliches ausgestaltet worden ist.[10] Wir stehen eben bei der rechtlichen Behandlung der öffentlichen Anstalten mitten in einer noch unabgeschlossenen Entwicklung, und da gilt es, doppelt behutsam zu sein. Aber man kann heute schon behaupten, daß diese Entwicklung auf eine Unterwerfung aller nicht gewerblichen Unternehmungen (Post, Telegraph, Wasserversorgung usf.) des Staates und der öffentlichrechtlichen Verbände unter die Herrschaft des öffentlichen Rechtes drängt[11] — gleichgültig, ob die

---

stellung von Waffen, von Druckarbeiten usw. für den eigenen Bedarf des Staats; staatliche Waffenfabrik und Staatsdruckerei sind im Allgemeinen „hauswirtschaftliche Betriebe" des Staats, aber keine Gewerbebetriebe. Keinen Gewerbebetrieb üben ferner die staatlichen Hinterlegungsstellen aus: Art. „Hinterlegungswesen" im WB d. VerwR² II 408, 946. S. unten Anmerk. 58ᵃ.

[8] Preuß. OVG. v. 8. Juni 1898 (Entsch. Bd. 34, S. 134ff. insbes. 139). — Wohl aber können beim Betrieb von nicht-gewerblichen Unternehmungen einzelne Nebenbetriebe den Charakter von Gewerben annehmen. Dann entsteht die Frage, ob und wieweit die Gewerbeordnung auf diese Anwendung findet. Vgl. speziell für die Nebenbetriebe der Eisenbahnen (Reparaturwerkstätten, Bahnhofswirtschaften usw.): Landmann, Gewerbeordnung I⁶ S. 92ff. Ernst Schmid, Die öffentlichrechtliche und privatrechtliche Stellung der Eisenbahn-Hilfs- und Nebenbetriebe, Tübinger Staatswissenschaftl. Dissertation, 1909. Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts XXXI (1905) Teil 1, S. 636: XXXIII (1907), Teil 1, S. 780.

[9] v. Seydel-Schelcher, Gewerbepolizeirecht, S. 4; Kormann im Preuß. Verw. Bl. XXXIV 396.

[10] Dafür sind ausschließlich historische Rücksichten maßgebend gewesen. Preuß. OVG. v. 27. Juni 1893 (Entsch. Bd. 25, S. 150). Landmann, Gewerbeordnung I⁶ S. 41.

[11] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II S. 322ff. Theorie des franz. Verwaltungsrechts, S. 224. F. F. Mayer, Grundsätze des

Benutzung dieser Anstalten auf einem rechtlichen Zwang oder dem freien Willen des Einzelnen beruht.[12] Es ist richtig, daß durch den Erlaß von Spezialgesetzen für einzelne dieser Anstalten der Streitfrage ihre wesentliche Bedeutung genommen wurde; so gelten für Post und Telegraphie spezielle Rechtsnormen. Fehlen aber solche — und das bildet die Regel —, so sind sämtliche für die betreffende Anstalt maßgebenden Rechtsvorschriften zu Rate zu ziehen; es ist zunächst zu ergründen, ob nicht wenigstens eine von ihnen einen deutlichen Hinweis auf die öffentlichrechtliche Natur dieser Anstalt enthält. Trifft dies nicht zu, so bleibt nichts übrig, als aus den vorhandenen juristischen Indizien einen Schluß nach der einen oder anderen Richtung abzuleiten. Mit der Entscheidung über den öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter der Anstalt wird das Urteil über alle ihre möglichen rechtlichen Beziehungen gefällt: über die Anwendbarkeit der Gewerbeordnung, über das Erfordernis polizeilicher Genehmigung des Unternehmens,[13] über die Pflicht zur Entrichtung der Gewerbesteuer,[14] über die Zulässigkeit einer staatlichen Beaufsich-

---

Verwaltungsrechts, S. 169, 194, 231. Ebner, im Verwaltungsarchiv VIII S. 304ff. Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 346ff. Kgl. Sächs. OVG. v. 29. Dez. 1902 und 21. Mai 1908 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. III S. 349; XII S. 257). Hauriou, Précis de Droit administratif, 7 éd., p. 288.

[12] Unrichtig erblickt das Preuß. OVG. v. 19. Mai 1908 (Entsch. Bd. 52, S. 29) in dem Fehlen eines Benutzungszwangs ein Indiz für die gewerbliche Natur des Unternehmens.

[13] Landmann, I[6] S. 160. v. Seydel, Bayr. Staatsrecht III S. 395. Im Gegensatz zu der im Text vertretenen Auffassung hält Laband, Staatsrecht III[5] S. 209, die Gewerbeordnung nicht für anwendbar auf diejenigen Unternehmungen des Reichs, der Bundesstaaten und der Gemeinden, welche gewerbsmäßig betrieben werden. Vgl. über die Frage Hans Müller, Inwieweit unterliegen die Staats- und Gemeindebetriebe den Vorschriften der Gewerbeordnung? (Jurist. Dissertation, Erlangen, 1906.) — Keine Ansiedlungsgenehmigung ist erforderlich für die Errichtung einer militärischen Luftschiffhalle mit Wohnung. Urt. d. Preuß. OVG. 13. Februar 1913 mitgeteilt und besprochen von Schultzenstein in der DJZ. XVIII 435.

[14] Urteil des bad. VGH. v. 27. April 1904 (Zeitschrift für bad. Verwaltung, 1905, S. 50). Soergel, I S. 425; S. 718 Nr. 1; II S. 585. Befreiung eines Gemeinde-Schlachthauses von der Grundsteuer: Württemb. VGH. 21. September 1910 (Württemb. Zft. f. Rechtspflege und Verwaltung III 388).

tigung,[15] über den Gerichtsstand für die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen der Anstalt und ihren Benutzern (ordentliche Gerichte oder Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte), über den Charakter des Entgelts für die Benutzung der Anstalt (privatrechtliches Entgelt oder Gebühr),[16] über die Verjährung, über die Haftung des Staats oder der Gemeinde für Versehen oder Vergehen der Beamten[17] usf.

II. Der öffentlichrechtliche Charakter dieser Anstalten hat sich nach zwei Seiten hin ausgeprägt:[18]

1. Das in der öffentlichrechtlichen Anstalt verkörperte Gemeininteresse überwindet alle entgegenstehenden privaten Interessen.[19]

a) Errichtung und Betrieb einer öffentlichrechtlichen Anstalt können durch keine privatrechtlichen Mittel verhindert werden. Da eine öffentlichrechtliche Anstalt nicht der Gewerbeordnung untersteht, so findet das in der Gewerbeordnung, § 17ff., vorgesehene Genehmigungsverfahren nicht statt, in dem die durch den Betrieb der Anstalt bedrohten Privaten ihre Einsprachen zur Geltung bringen könnten.[19a] Ebenso versagt der einmal begründeten Anstalt gegenüber die actio negatoria[20]: den Lärm einer Kaserne; das Knattern bei militärischen Schießübungen; das Herüberfliegen verirrter Kugeln vom Militärschießplatz aus;[21] die Belästigungen, die von einem polizeilichen

---

[15] Kgl. Sächs. OVG. v. 19. Sept. 1904 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. VI S. 123).

[16] Fleiner, Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung, S. 108 (Festgabe der juristischen Fakultät Basel für A. Heusler, 1904). Die Frage, ob privatrechtliches Entgelt oder öffentlichrechtliche Gebühr vorliege, wird von Wichtigkeit u. a. auch im Konkurse des Schuldners: Vgl. dazu einerseits Jäger, in der Leipziger Ztsch. f. Handels-, Konkurs- u. Versicherungsrecht 1912, S. 296; andrerseits Lüttich im Archiv f. Bürgerl. Recht Bd. 37, S. 299.

[17] Reichsgericht in Zivilsachen v. 16. Dez. 1907 (Reger XXVIII S. 431).

[18] Vgl. dazu die Erörterungen oben § 4.

[19] F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, S. 194ff., 231.

[19a] S. oben Anmk. 13.

[20] Bayr.VGH. v. 31. Mai 1905 (Reger XXVI S. 11). Fleiner, Verwaltungsrechtsfälle, Nr. 18.

[21] RG. in Zivilsachen v. 20. Okt. 1900 (Reger XXI S. 101) und 24. Sept. 1889 (Reger, Erg.-Bd. I S. 384). Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts Bd. II S. 344. Stölzel, Rechtsweg und

Arrestlokal ausgehen;[22] Lärm, Ruß, Rauch der Eisenbahn;[23] die übermäßigen Geräusche einer Rohrpoststation;[24] das Läuten der Kirchenglocken[25] — all dies müssen die Nachbarn über sich ergehen lassen. Sie können im Rechtsweg weder auf Einstellung, noch auf Anbringung von Schutzvorrichtungen klagen.[26] Denn es handelt sich um rechtgemäße Einwirkungen der öffentlichen

---

Kompetenzkonflikt, S. 93ff. Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts XXIX (1903), Teil II S. 428. Unrichtig RG. in Zivils. v. 27. Mai 1903 (Entsch. Bd. 55, S. 55; daneben Reger XVI 99, XVII 109, XXIV 384). Das Reichsgericht geht noch weiter. Es hat durch Urteil vom 28. Juni 1911 (Entscheidungen in Zivils. Bd. 77, S. 14) einer Zivilklage den Rechtsweg verschlossen, mit welcher der Inhaber eines Patentes (betr. Befestigung eines Säbelträgers am Armeesattel) gegen den Militärfiskus den Anspruch auf weitere Herstellung und Benutzung des Säbelträgers erhob. Der Kläger behauptete, daß der durch Allerhöchste Kabinettsordre für das Heer eingeführte Säbelträger unter sein Patent falle. Eine Inanspruchnahme der betr. privaten Erfindung für das Heer gemäß Patentgesetz (1891) § 5, Abs. 2 war vorher nicht erfolgt. Das Reichsgericht ging, mit dem Kammergericht, davon aus, die Einführung des Säbelträgers sei auf Grund des Militärhoheitsrechts erfolgt, nicht bloß „aus Anlaß der Ausübung des Militärhoheitsrechts". Ein solcher Patentinhaber hat aber, nach einem andern Urt. d. Reichsger. v. 22. Juni 1912 (Entscheid. i. Zivils. Bd. 79, S. 427) in diesen Fällen unter allen Umständen Anspruch auf Schadenersatz (s. oben § 17). — Die Erweiterungsbauten am Kaiser Wilhelm-Kanal in Kiel schädigen infolge der Bodenerschütterungen den Eigentümer einer Villa; Keine actio negatoria, wohl aber öffentlichrechtliche Entschädigung. Reichsgericht 5. Juni 1912 (Gruchots Beiträge Bd. 56, S. 1167).

[22] RG. in Zivils. v. 25. März 1908 (Badische Rechtspraxis, 1908, S. 160).

[23] RG. in Zivils. Bd. 7 S. 266; Bd. 57 S. 224; Bd. 58 S. 131; Bd. 59 S. 70. Erschütterung eines Gebäudes durch den Bau eines Eisenbahntunnels; Fischers Zeitschr. f. Gesetzgebung und Praxis der Verwaltung, Bd. 41, S. 381.

[24] Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 73 S. 270.

[25] RG. in Zivils. v. 19. Nov. 1903 (Reger XXV 375); v. Kirchenheim, Kirchenrecht[2] S. 74. Klage der Anwohner auf Abstellung des Turmschlagwerkes während der Nacht. OLG. Karlsruhe 12. Mai 1911 (Bad. Rechtspraxis 1912, 130).

[26] Sofern nicht das Landesrecht ein anderes bestimmt. So hat auf Grund EG. z. BGB. Art. 125 das Württemberg. Ausführungsgesetz z. BGB., Art. 218, die Vorschrift des § 26 der Reichsgewerbeordnung (Klage auf Anbringung von Schutzvorrichtungen oder Schadloshaltung) auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrt- und ähnliche Verkehrsunternehmungen erstreckt.

Gewalt. Dem Geschädigten steht höchstens die Beschwerde und ein Ersatzanspruch gemäß den Grundsätzen über öffentlichrechtliche Entschädigung zur Seite (oben § 17).

b) Die Organe der öffentlichrechtlichen Anstalt sind mit der Kompetenz zu unmittelbarer Verteidigung der Anstalt ausgestattet, insbesondere besitzen sie die Befugnis, ohne weiteres zwangsweise alles zu beseitigen, was dem Betrieb der Anstalt im Wege steht und sie an der Erfüllung ihrer Aufgabe hindert. Man bezeichnet den Inbegriff dieser Kompetenzen als Anstaltspolizei.[27] Sie kommt den Organen jeder öffentlichrechtlichen Anstalt von selbst zu;[28] das Gesetz braucht sie ihnen nicht besonders zu übertragen. Sofern eine öffentlichrechtliche Anstalt ohnehin eigene Zwangsmittel besitzt, übt sie durch diese unmittelbar die Anstaltspolizei aus; so läßt die Militärbehörde durch Militärpersonen das Gelände absperren, in dem die Truppe übt.[29] Besitzt die Anstalt selbst keine ausreichenden Zwangsmittel, so haben die ordentlichen staatlichen Vollstreckungsbeamten die Anordnungen der Anstaltsorgane zu vollstrecken.[30] Ein Akt der Anstaltspolizei liegt z. B. vor, wenn die Polizei dem Inhaber einer privaten Unterrichtsanstalt, um Verwechslung mit einem staatlichen Institut auszuschließen, die Führung des Titels „Akademie" untersagt;[31] wenn die Schulbehörde Aufsatzhefte ausgetretener Schüler zurückbehält, um dadurch eine Ver-

---

[27] Otto Mayer, I S. 263. Kormann, Grundzüge S. 195, 199ff. (Annalen des Deutschen Reichs 1912). Gegen den Begriff der Anstaltspolizei: W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 278ff.

[28] Vgl. über den Begriff der Polizei unten § 23.

[29] Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 99.

[30] Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 20 S. 403; Bd. 54 S. 271 (poliz. Schutz der staatl. Telephonanlagen und Telegraphen). — Der Staat kann jedoch den Betriebsbeamten der Eisenbahnen, und zwar sowohl der Staatsbahnen, wie der Privatbahnen, polizeiliche Funktionen übertragen. Reichseisenbahnbetriebsordnung §§ 74ff. H. Schunck, Grundzüge des Bahnpolizeirechts in Preußen (Abhandlungen a. d. Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Zorn u. Stier-Somlo, VII 2, 1910). Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Bahnpolizei" Bd. I² S. 181. Fritsch, Art. „Eisenbahnpolizei" im WB d. Verw-R² I 664. Frank, Über Kleinbahnpolizei (Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 39).

[31] Bayr. VGH. v. 18. März 1908 (Reger XXVIII S. 355), s. auch Erg.-Bd. IV, S. 180. Soergel IV S. 663.

wendung ihrer Arbeiten durch die nachfolgende Schülergeneration zu verhindern;[32] wenn die Polizeibehörde einem Privaten den Betrieb eines „Aufsatzinstituts" verbietet, in dem gegen Entgelt den Zöglingen von Mittelschulen ihre Schulaufsätze angefertigt werden;[33] wenn den Angestellten einer privaten Wach- und Schließgesellschaft das Tragen von Uniformen verboten wird, die denen des staatlichen Militärs bis aufs letzte nachgebildet sind[34] usf. Es versteht sich von selbst, daß die Anstaltspolizei nie dazu mißbraucht werden darf, die Konkurrenz eines erlaubten privaten Gewerbebetriebs zu unterdrücken.[35] Eine Erweiterung der Anstaltspolizei bildet die Zuständigkeit der öffentlichen Behörden, Privaten, die sich im Verkehr mit ihnen eine Ungebühr zuschulden kommen lassen, eine „Ungebührstrafe" aufzuerlegen. Da diese Maßregel jedoch über den Rahmen der Selbstverteidigung der Anstalt hinausgeht, so muß sie vom Gesetze besonders zugelassen sein.[36]

c) Im Interesse jeder öffentlichrechtlichen Anstalt müssen sich aber endlich die Bürger gewisse öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen gefallen lassen.[37]

Der einen Gattung ist bereits erwähnt worden: es besteht für alle Bürger die Pflicht, Einwirkungen der öffentlichen An-

---

[32] Preuß. OVG. v. 10. Juni 1889 (Reger XIX S. 287).

[33] Kgl. Sächs. OVG. v. 25. Juli 1906 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. IX S. 212. Reger XXVII S. 496). — Zu weit geht das Urteil des Kammergerichts v. 16. Februar 1911 (DJZ. XVI 597): die Polizei dürfe durch Verordnung den Verkauf von Speiseeis in der Nähe der Schulgebäude verbieten. Gegen diese Ansicht auch: OLG. Karlsruhe 1. Sept. 1910 (Badische Rechtspraxis 1910, S. 258). Andrerseits hat das preuß. Kammergericht am 15. Januar 1912 (DJZ. XVII 757) der Vorschrift einer Polizeiverordnung, welche die unbefugte Störung des Schulunterrichts oder der Schulzucht mit Strafe bedroht hat, zu Unrecht die Anerkennung versagt.

[34] Bayr. Oberstes Landesgericht in Strafs. v. 30. April 1907 und 9. Juli 1907 (Reger XXVIII S. 306).

[35] Preuß. OVG. v. 14. Nov. 1887 (Entsch. Bd. 15, S. 427).

[36] Scheurlen, Ungebühr und Beleidigung (Amtsblatt des württembg. Ministeriums des Innern, 1898, S. 388).

[37] Otto Mayer, II §§ 40, 41. (Mayer unterscheidet, in Anlehnung an das zivilrechtliche Vorbild, öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen und öffentlichrechtliche Dienstbarkeiten). Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, S. 49ff. Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 407.

stalten (Straßenlärm, Schießlärm usf.)[38] zu dulden, auch wenn diese Belästigungen das Maß dessen überschreiten, was der Privatmann vom Privatmann hinnehmen muß. Keines besonderen Nachweises bedarf es ferner, daß kein Untertan die Vornahme rechtgemäßer amtlicher Handlungen auf seinem Eigentum zu hindern befugt ist. Dem zuständigen Zollbeamten, der in der Wohnung erscheint, um eine Zollrevision abzuhalten, oder dem Polizeibeamten, der eine amtliche Erkundigung einzuziehen hat, darf der Untertan nicht die Türe weisen. Wenn endlich im Notstand die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nur durch Inanspruchnahme des Privateigentums möglich ist, so hat das private Recht zurückzutreten: die Feuerwehr ist befugt, zur Abwendung von Feuersgefahr ein Privatgrundstück zu betreten ohne und auch wider die Erlaubnis des Grundeigentümers, und der Postwagen darf, wenn die Straße verschüttet ist, auch über private Äcker fahren.[39] Diese Duldungspflichten braucht das Gesetz nicht besonders aufzuerlegen. Auf dem Privateigentum der Untertanen ruht ein für allemal die Pflicht, der öffentlichen Verwaltung zu Diensten zu stehen, soweit diese vom Gesetze berufen ist, in der genannten Weise zu handeln. Ein Schadenersatzanspruch wegen dieser Eingriffe besteht nur auf Grund gesetzlicher Anordnung.

Eine Belastung des Grundeigentums zu Gunsten der öffentlichen Verwaltung über das erwähnte Maß hinaus ist jedoch nur möglich, wenn ein Gesetz den Eingriff ausdrücklich gestattet.[40]

[38] Keine actio negatoria gegen eine staatliche Pulverfabrik. Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts XXIV (1898) T. 2, S. 257.

[39] Reichsgesetz über das Postwesen v. 28. Okt. 1871, § 17, hebt dies zum Überfluß noch besonders hervor und gesteht der Post diesen Notweg gegen Entschädigung des benachteiligten Grundeigentümers zu. — Auch der Private hat diesen Notweg über Privatgrundstücke, wenn die öffentliche Straße unpassierbar ist. BGB. § 917, welcher einem Grundstücke die „notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg" sichert durch Inanspruchnahme des Nachbareigentums, enthält die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens. S. auch Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 695 (Winterwege). E. Huber, Schweiz. Privatrecht III S. 312. Zu eng legt die Vorschrift über das Notwegrecht aus Endemann, Notweg und öffentl. Weg (Festgabe Otto Gierke dargebracht von Schülern etc., 1911, S. 950).

[40] Auch Pflichten zu positiven persönlichen Leistungen kommen vor. Hauptbeispiel: die Vorschriften der Landesgesetze über die von den Ver-

Das moderne Leben zeigt derartige Erscheinungen in großer Mannigfaltigkeit: die Behörde bringt an Privathäusern Hausnummern an, Straßenschilder, Träger für Telegraphen- und Telephondrähte, Rosetten zur Befestigung elektrischer Leitungsdrähte usf.;[41] sie erklärt nach der Feststellung eines Ortsbauplans alles in eine zukünftige Straße fallende Grundeigentum für unüberbaubar;[42] sie belastet das einer Festung vorgelagerte Land mit den sog. Rayonservituten; die Militärbehörde läßt die Truppen auf Äckern und Wiesen militärische Übungen vornehmen;[43] die Eisenbahnbehörde verbietet die Bepflanzung eines längs der Eisenbahnlinie gezogenen Schutzstreifens[44] usf. Dadurch werden keine zivilrechtlichen Grunddienstbarkeiten begründet. Das private Eigentum wird selbst bis zu einem bestimmten Grade

legern abzuliefernden Pflichtexemplare zum Besten der Landesbibliothek und der Wissenschaften, „deren Kultur durch eine vollständige, wohlgeordnete und in der Hauptstadt zu jedermanns Gebrauch offenstehende Büchersammlung bekanntermaßen nicht wenig befördert wird." (Preuß. Allerhöchster Erlaß v. 28. September 1798). Bitters Handwörterbuch d. Preuß. Verwaltung I² S. 305. Entscheidungen des Preuß. OVG Bd. 36, S. 435. Wolfstieg, Art. „Bibliotheken", im WB d. Verw-R² I 467.

[41] Nach dem Reichs-Telegraphenwegegesetz vom 18. Dez. 1899 ist die Telegraphenverwaltung von Gesetzeswegen nur befugt, Telegraphen- und Telephonlinien durch den Luftraum von Privatgrundstücken zu führen. Nach den Ausführungsbestimmungen zur Fernsprechgebührenordnung, vom 26. März 1900, Ziff. 2, verschafft sich die Telegraphenverwaltung jedoch das weitere Recht, Leitungsträger auf Privathäusern anzubringen, dadurch, daß sie den Anschluß eines Gebäudes an die Telephonleitung abhängig macht von der schriftlichen Genehmigung des Eigentümers zur Einführung der Leitungen und zur Anbringung „aller Vorrichtungen", Gestänge, Stützen usf., welche zur Herstellung, Instandhaltung und Erweiterung des Telegraph- und Fernsprechnetzes erforderlich sind. Diese Einwilligung des Eigentümers ist Bedingung für die Herstellung oder Verlegung des Fernsprechanschlusses.

[42] Vgl. oben § 17, S. 275.

[43] Laband, Staatsrecht IV⁴ S. 263ff., insbes. 282 und 313 (Rayonservituten). Deutsches Reichsstaatsrecht⁶ S. 386ff. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 93.

[44] Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Artikel „Schutzanlagen", II² S. 530. — Ein Seitenstück dazu bildet der im Preuß. Quellenschutzgesetze v. 14. Mai 1908 §§ 3ff., vorgesehene, dem Schutze einer gemeinnützigen Quelle dienende „Schutzbezirk". (Jahrb. d. öff. R. III 463.) E. Loening, Art. „Quellenschutz", im Handwörterbuch d. Staatswissenschaften VI³ S. 1265. —

in den Machtbereich der öffentlichrechtlichen Anstalt hineingezogen. Die öffentliche Verwaltung verfügt darüber wie über ihr eigenes Gut. Dies ist ihr nach den Grundsätzen des Rechtsstaats nur möglich, wenn sie für jede Art dieser Eingriffe eine gesetzliche Grundlage besitzt.[45] Die Ausgleichung für die Beschränkung des Privateigentums vollzieht sich nach den Grundsätzen über öffentlichrechtliche Entschädigung (oben § 17).[46]

2. Besonders deutlich zeigt sich der öffentlichrechtliche Charakter in dem Verhältnis der öffentlichrechtlichen Anstalt zu ihren Benutzern.[47]

a) Einen Zwang zur Benutzung einer öffentlichen Anstalt darf die Behörde nur ausüben in den Fällen, in denen sie vom Gesetz dazu ermächtigt worden ist.[47a] Dies trifft zu beim Volksschulzwang, beim Impfzwang, beim Zwang zum Anschluß an das Kanalisationsnetz, beim Versicherungszwang der Arbeiterversicherung u. a. m., s. auch unten § 19.[48] Ist dagegen die Benutzung einer öffent-

[45] Ein Urteil des OLG. Karlsruhe vom 4. April 1905 hat zu Unrecht die Kompetenz einer Stadtbehörde zu derartigen Eingriffen (Anbringen einer Straßenbahnrosette an einem Privathaus) auf die sicherheitspolizeilichen Ermächtigungen des Reichs- und Landesrechts gestützt (Zeitschrift für bad. Verwaltung, 1905, S. 105. Reger, Erg.-Bd. III S. 488). Die gesetzliche Grundlage ist erst erstellt worden durch das bad. Ortsstraßengesetz vom 15. Okt. 1908, § 10, Abs. 5.

[46] Die elektrischen Rückströme einer im Eigentum einer Privatgesellschaft stehenden Tramanlage haben die Röhren der städt. Wasserleitung angefressen und z. T. zerstört. Keine actio negatoria, aber Verurteilung zu Schadenersatz und zur Anbringung von Schutzvorrichtungen. Urteil d. Bezirksgerichts Zürich 17. März 1904 (Schweiz. Juristen-Zeitung I S. 64).

[47] Sarwey, Öffentl. Recht und Verwaltungsrechtspflege S. 501 ff. (Sarwey geht z. T. von Auffassungen aus, die von den Anschauungen des Textes abweichen.)

[47a] Ein Anschlußzwang ist selbstverständlich nur möglich, wenn die Benutzung der Anstalt dem Bürger kraft öffentlichen Rechts zur Verfügung gestellt ist, mit anderen Worten „wenn dem Anschlußzwang das öffentlichrechtliche Anschlußrecht entspricht". Preuß. OVG, 20. Dezember 1912 (Entscheidungen Bd. 62, S. 243 ff.).

[48] Bayr. VGH. v. 18. Okt. 1899 (Samml. von Entsch. des bayr. VGH. XXI S. 5 und die dort zitierten Urteile). Reger XIII S. 116. Soergel, II S. 645, Nr. 11. — Die Arbeiterversicherung kennt neben dem Versicherungszwang auch eine Versicherungsberechtigung (freiwillige Versicherung) bestimmter Personenklassen. RVO. §§ 176, 550, 1243; Versicherungsgesetz für Angestellte §§ 15, 209, 394. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht[6] S. 302.

lichen Anstalt in das Ermessen des Einzelnen gestellt, so kann dessen Anspruch auf Zulassung zur Anstalt entweder zu einem subjektiven Rechte erhoben sein oder aber im Gewande des allgemeinen Anspruchs auf Gesetzesvollziehung zur Geltung gebracht werden (vgl. oben § 11).[49] Gleichgültig ist, ob der Bürger die öffentlichrechtliche Anstalt freiwillig oder gezwungen benutzt, — sein Verhältnis zu ihr bleibt dasselbe: es beruht nicht auf einem Vertrag, sondern auf Normen des objektiven Rechtes.[50] Hier treten nun die Vorteile der öffentlichrechtlichen Regelung in helles Licht. Ist eine öffentliche Anstalt, die den Bürgern Nutzungen gewährt, ein gewerbliches Unternehmen, so besitzt der Herr dieser Anstalt (Staat oder Gemeinde) die Möglichkeit, frei zu bestimmen, mit welchen Personen er Verträge über die Benutzung der Anstalt abschließen will und unter welchen Umständen er sich die Kündigung vorbehält.[51] Der Bürger, der

---

[49] Über das Recht zur Benutzung der Gemeindeanstalten (Trinkwasserversorgung, Gasleitung, Kanalisation, Begräbnisplatz usf.): Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 20, S. 22; 21, S. 124; 52, S. 28; 56, S. 252; 41, S. 173. Preuß. Verw.-Bl. XXIII 690. Soergel I S. 696; II S. 504. Rechtsprechung des Badischen Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 54, 56, 58, 59, 594, 597, 976, 977 (Farren). Wenn der Gesetzgeber den Anspruch auf Benutzung der Gemeindeanstalten als subjektives Recht ausgestaltet hat, so ist damit in der Regel bei Verletzung dieses Rechts das Verwaltungsstreitverfahren geöffnet. Nach Bad. Verw.-RPflG. § 2, Ziff. 2 entscheiden die Verwaltungsgerichte „über die Bürgernutzungen und sonstige auf dem öffentlichem Recht beruhende Ansprüche Einzelner an die Gemeinde." Bayr. Verw.-RPflG. Art. 8, Ziff. 31. Preuß. Zuständigkeitsgesetz § 18, Ziff. 1.

[50] Reichsgericht in Zivils. v. 3. Okt. 1904 (Reger, Erg.-Bd. III S. 483); v. 9. April 1910 (Entscheidungen Bd. 73, S. 197). Kgl. Sächs. OVG. v. 24. Aug. 1907 (Reger XXVIII S. 226). Zorn, Staatsrecht II S. 274. Nawiasky, Verwaltungsgerichtshof und die rechtliche Natur des Verhältnisses zwischen Telephonanstalt und Publikum (Sep.-Abdr. aus der Allg. Österreich. Gerichts-Zeitung 1912 Nr. 21). Gegen diese Auffassung und für die vertragliche Natur der Postbeförderungsgeschäfte: Laband, Staatsrecht III[5] S. 82ff. S. auch Reichsgericht i. Zivilsachen Bd. 64, S. 231.

[51] Soergel, I S. 527, Nr. 3. Sehr gut ein Urteil des Württemberg. VGH. vom 17. Juni 1903 (Jahrbücher der württemberg. Rechtspflege Bd. XV S. 225). Über die Sperre des Wasserbezugs wegen Nichteinhaltung von Vertragsbedingungen s. Etzel in der Württembg. Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwaltung V 111.

die Anstalt benutzen will, ist genötigt, unter diesen Bedingungen den Vertrag abzuschließen. Beliebt es dem Eigentümer, die Nutzungen seiner Anstalt bestimmten Personen nicht zukommen zu lassen, so kann ihn niemand, auch nicht die staatliche Aufsichtsbehörde, daran hindern. Fällt es einer Gemeinde ein, gegenüber einem Benutzer der Anstalt von dem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen aus Gründen, die mit der Anstaltsbenutzung nichts zu tun haben, so übt sie ihr gutes Recht aus u. a. m. Alledem ist vorgebeugt, wenn das Verhältnis der Anstalt zu den Benutzern Vorschriften des objektiven Rechtes unterstellt wird, welche für alle Bürger gleiche Zulassungs- und gleiche Benutzungs-Bedingungen (gleiche Gebühren usw.) schaffen.[52] Der Gedanke der öffentlichen Fürsorge findet deshalb nur in öffentlichrechtlicher Form seine volle Verwirklichung.

b) Durch die Benutzung tritt der Einzelne in den Bannkreis der Anstalt ein. Zwischen ihm und der Anstalt wird ein besonderes Gewaltverhältnis begründet (vgl. oben § 11); er wird der besonderen Anstaltsgewalt unterworfen. Diese ist den Anstaltsorganen übertragen und betätigt sich durch die Aufstellung von sog. Anstaltsordnungen,[53] worin die besonderen Pflichten der Anstaltsbenutzer geregelt werden, und durch die Ausübung einer Disziplinargewalt über die Benutzer der Anstalt (Schuldisziplin, militärische Disziplin usf.).[54] Die Anstaltsordnung ist im juristischen Sinne eine Verwaltungsverordnung (oben S. 62). Daher darf sie nicht Anordnungen treffen, die über den Anstaltszweck hinausgehen, insbesondere nicht Pflichten auferlegen, die zum Vorbehalt des Gesetzes gehören.[55] Das wird besonders wichtig

---

[52] Reichsgericht in Zivils. Bd. 47, S. 76. Jahrbücher der württemberg. Rechtspflege Bd. XII S. 336. Landmann, Gewerbeordnung I[6] S. 216. Soergel, I S. 445, Nr. 6; S. 696, Nr. 46; Bd. II S. 504, Nr. 1. E. Toepfer, Begriff d. öffentlichrechtlichen Gebühr S. 36 und dort zitierte Judikatur.

[53] Thoma, Polizeibefehl I S. 356.

[54] Soergel, I S. 572, Nr. 1; S. 573, Nr. 4. Reger XXI S. 193, 195; XXIII S. 139; XXVIII S. 300.

[55] Vgl. das in der Zeitschrift für Schweiz. Recht, n. F., XVIII S. 73, abgedruckte Urteil des Luzernischen Obergerichts vom 2. Juli 1896: eine Strafanstaltsordnung hat verfügt, daß das von den Sträflingen beim Eintritt in die Anstalt verheimlichte Geld zu konfiszieren sei; das Gericht hat mit Recht auf Klage eines entlassenen Sträflings hin die Anstaltsdirektion zur Rückgabe solchen Geldes verurteilt.

für die Frage der Benutzungsgebühren. Eine allgemeine Pflicht besteht nicht, für jeden Vorteil, den man vom Staat empfängt, einen Entgelt zu leisten. Diese Pflicht muß vom Gesetz besonders begründet sein. Daher dürfen die Anstaltsordnungen Gebühren nicht festsetzen, wenn nicht ein Gesetz die zuständigen Organe allgemein dazu ermächtigt hat.[56] Darin tritt wiederum der Unterschied der öffentlichrechtlichen Anstalt gegenüber einem Gewerbebetrieb zutage, bei dem Leistung und Gegenleistung durch Vertrag beliebig ausgestaltet werden können.

c) Die öffentlichrechtliche Natur des Anstaltsverhältnisses kommt endlich auch in der Haftung der öffentlichen Anstalt gegenüber den Anstaltsbenutzern zum Ausdruck.[57]

Die Anstalt haftet für das ihr anvertraute Gut ex lege und nicht ex contractu. Der Schüler, welcher Hut und Mantel im Schulgebäude aufhängt;[58] der Student, der zum Zwecke der Immatrikulation seine Zeugnisse und Ausweispapiere der Universitätsbehörde übergibt; der Zollpflichtige, dessen Ware im Zollschuppen zur Verzollung niedergelegt wird; der Bürger, welcher Geld oder Kostbarkeiten einer öffentlichen Hinterlegungsstelle übergibt[58a] — sie schließen keine zivilrechtlichen Hinterlegungsverträge ab mit

---

[56] Eine solche Ermächtigung enthält u. a. das Preuß. Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 § 4: „Die Gemeinden können für die Benutzung der von ihnen im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen (Anlagen, Anstalten und Einrichtungen) besondere Vergütungen (Gebühren) erheben. . . ."

[57] Otto Mayer, II S. 329ff. Nach andern Grundsätzen beurteilt sich die Haftung beim Betrieb privatwirtschaftlicher Anstalten. J. Kraft, Die Haftpflicht aus der Anlage und dem Betrieb kommunalgewerblicher Anstalten (Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 497).

[58] Unrichtig in der Begründung das Urt. des OLG. Rostock v. 12. März 1902 (Reger XXIII 299); das Urteil geht davon aus, durch die Aufnahme eines Schülers in ein staatliches Realgymnasium, zu dessen Besuch kein Zwang bestehe, komme ein Dienstvertrag zustande. Als Nebenleistung dieses Vertrages erscheine die Sorge für die von den Schülern mitgebrachten Gegenstände.

[58a] Art. „Hinterlegungswesen" im WB d. Verw-R[2] II 468, 946. Über die neue preuß. Hinterlegungsordnung v. 21. April 1913 s. den Aufsatz von O. Loening im Preuß. Verw.-Bl. XXXIV, 613. Kopf, Das Hinterlegungsverhältnis 1903, S. 37ff.

dem Herrn der Anstalt.[59] Die Benutzung der Räume ist nichts anderes als die notwendige Folge der Anstaltsbenutzung; der Anstalt kommt an diesen Sachen Besitz kraft ihrer eignen öffentlichen Anstaltsordnung und nicht kraft eines privatrechtlichen Titels zu. Darum kann der Benutzer, dem nach Ablauf der Benutzungszeit oder nach Erreichung des Anstaltszwecks seine Sache vorenthalten wird, die Herausgabe nicht mit der zivilrechtlichen Vertragsklage, sondern zunächst nur mit den verwaltungsrechtlichen Schutzmitteln (Beschwerde, Klage im Verwaltungsstreitverfahren usf.) fordern.[60] Nur wenn die Sache nicht selbst Objekt für die Anstaltstätigkeit gewesen, sondern bloß gelegentlich einer zu einem anderen Zwecke erfolgten Anstaltsbenutzung in den Bereich der Anstalt gelangt ist (Kleider des Kranken oder des Schülers usf.), steht dem Eigentümer nach Beendigung des Anstaltsverhältnisses die Eigentumsklage oder die Klage wegen

---

[59] Unrichtig nimmt das Reichsgericht an, das Einbringen des Zollgutes in den Zollschuppen begründe ein quasi kontraktliches Verhältnis. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 48, S. 256; Bd. 67, S. 336. — Ebensowenig wird durch die Übergabe einer Fundsache an die Polizeibehörde (BGB. §§ 965, 967) ein privatrechtlicher Verwahrungsvertrag begründet. Das Verhältnis untersteht dem öffentlichen Recht.

[60] Preuß. Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte 7. Januar 1911: Für die Klage eines Studenten auf Rückgabe der bei der Immatrikulation abgegebenen Zeugnisse ist der Rechtsweg unzulässig. (DJZ. XVI 1279). Ein Österreicher in Zürich klagt gegen das Österreichische Generalkonsulat in Zürich vor dem Zivil-(Bezirks-)gericht auf Herausgabe des wegen Nichtbezahlung der Militärtaxe zurückbehaltenen Arbeitsbuches. Es erfolgte Aufhebung des Urteils wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges. Schweiz. Bundesblatt 1906 I 412. Entscheidungen d. Schweiz. Bundesgerichts XXXV (1909) T. 1, S. 786. — Über die Ansprüche des Zollpflichtigen auf Herausgabe des Zollgutes: Hoffmann, in Stengleins Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen II[4] S. 35 (Vereinszollgesetz). Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 137. Die Klage auf Herausgabe der bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle verwahrten Gegenstände gehört nicht auf den Rechtsweg, sondern vor die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte. O. Loening, im Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 614 und die dort zitierte Judikatur. Über die Herausgabe der Theaterkaution: L. Geiger, in den Blättern f. administrat. Praxis Bd. 62, S. 29; s. auch oben § 4, Anm. 28.

ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Herrn der Anstalt zur Seite.[61]

Hat jedoch bei der Benutzung der Anstalt eine Person oder eine eingebrachte Sache Schaden gelitten infolge eines Versehens oder Vergehens, das sich ein Anstaltsorgan bei der Ausübung der Anstaltsgewalt hat zuschulden kommen lassen, so haftet dem Geschädigten der schuldige Beamte gemäß den oben S. 262 dargestellten Grundsätzen über die Beamtenhaftung (BGB. 839, Einführungsgesetz Art. 77).[62] Ist der Schaden zurückzuführen auf mangelhafte Unterhaltung oder Überwachung der Anstaltsräume, so hat der Eigentümer der Anstalt oder der Unterhaltspflichtige (Staat, Gemeinde usf.) für (außervertragliches) Verschulden seiner Organe einzustehen (BGB. §§ 31, 89; oben S. 265). Ein solches Verschulden liegt aber vor, wenn die Anstaltsorgane bei der Instandhaltung und Überwachung der Anstaltsräume nicht das den Zwecken jeder einzelnen Anstalt angepaßte Maß von Sorgfalt aufgewendet haben, welches erforderlich ist, um die Benutzer vor Schaden zu bewahren.[63] (BGB. §§ 31, 89; vgl. oben § 16).

---

[61] Vgl. das oben Anmerkung 45 zitierte Urteil.

[62] Ein Gefängniswärter hat einen Strafgefangenen zum Halten einer Zielscheibe benutzt; der Gefangene wird durch eine Flobertkugel verletzt und stirbt; der Witwe haftet der Wärter gemäß BGB. 839 und der Staat event. auf Grund von EG. zum BGB. Art. 77. Bayr. VGH. 2. Juli 1902 (Sammlung v. Entscheidungen XXIV S. 106). — Das Reichsgericht nimmt an, daß auch die ärztliche Behandlung der Gefangenen in Ausübung eines Hoheitsrechts und nicht bloß gelegentlich der Ausübung eines solchen erfolgt. Reichsger. in Zivilsachen Bd. 78, S. 325. S. oben S. 266.

[63] Im Ergebnis richtig: Urt. des RG. in Zivils. v. 3. Okt. 1904 (Reger, Erg.-Bd. III S. 483). S. ferner Urteile des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 2. Dezember 1909 (Instandhalten eines öffentlichen Schlachthofs) und vom 26. Sept. 1911 (Preuß. Verw.-Bl. XXXI 650, XXXIII 506). — Haftung einer Gemeinde für Unglücksfälle, wenn sie trotz ungenügender Rettungsvorrichtungen bei starkem Seegange ihre Badeanstalt nicht schließt: Urt. d. Reichsgerichts 7. November 1910 (DJZ. XVI 283), OLG. Kiel 21. Dezember 1912 (DJZ. XVIII 872). Über Beschädigungen der beim Löschdienst verwendeten Gegenstände des Feuerwehrmanns: Oertmann im Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 379 und in „Wirtschaft und Recht der Versicherung" 1912, S. 311 ff.

§ 19. Konzessionen zur Errichtung öffentlicher Anstalten.[1]

I. Es gibt Tätigkeiten, die Staat und Gemeinden unter Ausschließung jeder privaten Konkurrenz ausüben. Man spricht in solchen Fällen von einem Monopol der öffentlichen Verwaltung oder einem Regal.[2] Ein solches Monopol kann entstehen, ohne daß es vom Gesetze begründet wird und zwar auf Grund von Momenten, die außerhalb des Monopolbetriebes

---

[1] Otto Mayer, II §§ 49, 50. F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, S. 212ff. G. Meyer-Anschütz, Art. „Konzessionen" im WB d. Verw-R² II 630. H. Pasquay, Die elektrischen Starkstromanlagen im allgemein-deutschen Verwaltungsrecht (Archiv d. öffentl. R. XXIX, 239ff., 349ff.). F. Cammeo, im Archivio giuridico LV p. 562 („teoria delle concessioni") und I monopoli communali (Archivio giuridico LIV 296; LV 94, 304, 562; LVI 71, 382, 521). E. Pilon, Monopoles communaux, 1899. Laferrière, Juridiction administrative I p. 604ff.

[2] Die historische Wurzel aller dieser staatlichen Ausschlußrechte bildet die Regalität. Die Konzentration einer Anzahl von jura regalia in der Hand des Landesherrn legte den Boden für die Ausbildung der absoluten Staatsgewalt. Diese jura regalia sind infolgedessen in dem allgemeinen Herrschaftsrechte des modernen Staates aufgegangen und ihre moderne Fortsetzung bildet die Kompetenz des Staates, jedem Privaten bestimmte Tätigkeiten untersagen und andererseits Sonderrechte für die Ausübung dieser Tätigkeiten verleihen zu können. Die Konzessionen für Errichtung öffentlicher Anstalten (§ 19) und die Sondernutzungsrechte an öffentlichen Sachen (§§ 21 und 22) bilden Beispiele für diese Erscheinung. Einer zweiten Kategorie von jura regalia ist dagegen in modifizierter Gestalt das Leben gefristet worden. Solche jura regalia begegnen uns in dem ausschließlichen Recht des Staates auf bestimmte Nutzungen, die ursprünglich im Grundeigentum enthalten waren, z. B. im Bernsteinregal (s. den Art. von Arndt „Bernsteinregal" im WB d. Verw-R², I 415; Bitters Handwörterbuch d. preuß. Verwaltung I² S. 259, Art. „Bernstein"). Über die Entwicklung der modernen Bergbauhoheit (Verleihung des Bergwerkseigentums) aus dem Bergregal: Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht §§ 123ff. Arndt, Art. „Bergwesen" im WB d. Verw-R², I 402ff. Arndt, Kommentar z. Preuß. Berggesetz, 7. Aufl. 1911. Über die Umbildung des alten Jagdregals in das moderne Jagdrecht: Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht § 127. Georg Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht⁴ § 60. Über die Umbildung und Auflösung des Regalitätsbegriffs im allgemeinen: Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 396ff., 629. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts I S. 368. Schroeder, Lehrbuch d. Deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl., S. 427. Hübner, Grundzüge d. Deutschen Privatrechts², S. 241f.

selbst liegen. Ein Monopol dieser Art besitzt beispielsweise eine städtische Gasfabrik, wenn die Gemeinde als Eigentümerin des Straßenareals jedem Privaten die Erlaubnis verweigert, Leitungsröhren in die öffentlichen Straßen einzulegen;[3] ein Monopol kommt ferner zustande, wenn eine Polizeibehörde unter Berufung auf sanitare Interessen den Einwohnern befiehlt, ausschließlich das Fäkalienabfuhrunternehmen der Gemeinde zu benutzen[4] oder wenn sie den Metzgern das Schlachten in einem andern Raum, als dem öffentlichen Schlachthof verbietet (Gewerbeordnung § 23), oder wenn die Gemeinde als Eigentümerin des Begräbnisplatzes den Zutritt zu diesem nur den von der Gemeinde gestellten Leichenwagen gestattet[5] u. a. m. Man bezeichnet alle diese

[3] Bei derartigen städtischen Anstalten (Gas, Elektrizität usf.) kann streitig werden, wieweit dieses Monopol ausgedehnt werden darf, ohne die Eigentums- oder Gewerbefreiheit dritter Personen zu verletzen. Falls nachgewiesen werden kann, daß ein öffentliches Interesse (Feuersicherheit, Sorge für mäßige Inanspruchnahme der Anstaltsmittel u. dgl.) vorliegt, so darf z. B. angeordnet werden, daß in den Privathäusern die Herstellung von Leitungen der städtischen Verwaltung oder den von ihr bezeichneten Gewerbetreibenden vorbehalten ist. Reger XXXII 196 (und dortige Zitate); Preuß. OVG. 29. März 1912 (Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 61); Kgl. Sächs. OVG. 28. Juni 1911 (Jahrbücher XVII 219); Reichsgericht in Zivils. Bd. 79, S. 224. v. Salis, Schweiz. Bundesrecht II Nr. 747, 747a, 748. W. Burckhardt, Kommentar d. Schweiz. Bundesverfassung S. 278. Schweiz. Jur.-Zeitung II S. 150. — Mit Recht hat das Kammergericht (entgegen seiner früheren Praxis [DJZ. XV 486]) neuerdings eine polizeiliche Vorschrift für ungültig erklärt, derzufolge die Pflege der Gräber außer den Angehörigen der Verstorbenen nur dem Friedhofsgärtner hätte zustehen sollen (Johow, Jahrbuch Bd. 40 S. 457). Vgl. auch über das Schleppermonopol auf der Alster: Spruchsammlung 1909 der DJZ., S. 132.

[4] Landmann, I[6] S. 57. Vgl. auch ein Gutachten des Reichsjustizamts vom 23. April 1892 bei Reger XIII S. 116. Johow, Jahrbuch Bd. 41, S. 420. — Voraussetzungen für einen polizeilichen Zwang (Polizeiverordnung) zur Benutzung einer kommunalen Straßenreinigungs-Anstalt: Entscheidungen d. Preuß. OVG. Bd. 52, S. 302; Bd. 61, S. 187; s. jedoch auch Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 688. Wolzendorff, Kommunale Wohlfahrtspflege als Ursache polizeilicher Beschränkung der Einzelfreiheit (Verw.-Archiv XXI 515).

[5] Landmann, I[6] S. 110, 117. RG. in Zivils. v. 13. Okt. 1898 (Reger XIX 149). Bayr. VGH. 3. Dez. 1902 (Reger XXIII 189). Kamptz, Rechtsprechung des preuß. OVG. II S. 204. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts I S. 162. Die juristischen

Erscheinungen als bloß „faktische Monopole". Das Monopol ist hier Reflexwirkung einer von dem betreffenden Betriebe juristisch unabhängigen Anordnung.[5a]

Ein Monopol im Rechtssinne dagegen entsteht nur in den Fällen, in denen das Gesetz unmittelbar eine bestimmte Tätigkeit dem Staate oder der Gemeinde vorbehält und den Privaten deren Ausübung verbietet.[5b] Auf diese Weise hat sich z. B. der Staat das „Münzregal" vorbehalten, d. h. das Recht, Münzen zu schlagen,[6] und die Ausübung der Gerichtsbarkeit (Reichsgerichtsverfassungsgesetz, § 15). Für das Verwaltungsrecht sind von besonderer Bedeutung eine Reihe von Tätigkeiten, die an sich vermöge der allgemeinen Gewerbefreiheit und Eigentumsfreiheit jedem zugänglich wären, hätte sie nicht der Staat ausdrücklich der privaten Machtsphäre entzogen und der staatlichen Kompetenz zugeschieden. Das wichtigste Beispiel bieten die öffentlichen Verkehrsunternehmungen. Nach der Reichsgesetzgebung ist die Beförderung von Briefen und Paketen, die Übermittlung von Telegrammen usf. jedem Privaten verboten;[7] die Post- und Telegraphenanstalt besitzt

Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Monopolisierung bei Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse S. 36—37. — Das Kammergericht hat in neuester Zeit, auf Grund von Ortsgesetzen erlassene, Polizeiverordnungen als gültig erklärt, welche „zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Leichtigkeit des Straßenverkehrs" den Bürgern befehlen, nur das von der Gemeinde errichtete Bestattungsunternehmen zu benützen. Reger XXXII 194; Johow, Jahrb. Bd. 41, S. 398; Soergel V 448. Gegen diese Praxis: W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 295.

[5a] Darum verstoßen derartige Monopole nicht gegen die Gewerbefreiheit, insbesondere nicht gegen das Verbot der „ausschließlichen Gewerbeberechtigungen" (Gew.O. § 10). Reichsgericht i. Zivils. Bd. 79, S. 224.

[5b] Über das „Bergregal und die darauf fußenden Konzessionen" s. die Angaben oben S. 317.

[6] Laband, Staatsrecht III[5] S. 173. Über das Seitenstück, das sog. Privileg zur Ausgabe von Banknoten (Notenbankprivileg) im Reich und in den Schutzgebieten s. Art. „Notenbanken" (Reichsgebiet: R. Koch, Schutzgebiete: Arnold) im WB d. VerwR[2] II 929, 935.

[7] Reichsgesetz über das Postwesen v. 28. Okt. 1871 §§ 1, 27. Reichsgesetz über das Telegraphenwesen v. 6. April 1892 §§ 1, 2, 9. Laband, Staatsrecht III[5] S. 66. Deutsches Reichsstaatsrecht[6] S. 238: Reichert, Über den Postzwang (Eisenbahn- und verkehrsrechtl. Entscheidungen Bd. 27, Heft 4). Nawiasky, Postrecht I S. 74ff.

auf die Ausübung dieser Tätigkeiten ein „Vorrecht“ (Reichsverfassung Art. 52). In Preußen ist durch die Gesetzgebung für bestimmte Kanäle zugunsten des Staates das sog. Schleppmonopol eingeführt worden.[8] Ebenso hat die Landesgesetzgebung in Anlehnung an das alte Straßenregal die Anlegung öffentlicher Verkehrswege (Landstraßen,[8a] Brücken, Eisenbahnen,[9] Fähren,[10] Schiffahrtskanäle und Hafenanlagen[11]) dem Staate und den Gemeinden vorbehalten. Eine ausschließliche Herrschaft wahrt sich ferner der Staat über das Volksschulwesen; Errichtung und Betrieb öffentlicher Volksschulen ist grundsätzlich Sache des

---

[8] Nach dem preußischen Wasserstraßengesetz vom 1. April 1905 § 18 ist auf den vom Staat zu erbauenden Kanälen „ein einheitlicher staatlicher Schleppbetrieb einzurichten. Privaten ist auf diesen Schiffahrtsstraßen die mechanische Schlepperei untersagt. Zum Befahren dieser Schiffahrtsstraßen durch eigene Schiffe mit eigener Kraft bedarf es besonderer Genehmigung . . . .“. Das preußische Gesetz betr. das Schleppmonopol auf dem Rhein-Weser-Kanal und dem Lippe-Kanal vom 30. April 1913 bestimmt, daß auf diesen Wasserstraßen Fahrzeuge nur mit der vom Staate vorzubehaltenden Schleppkraft fortbewegt werden dürfen. Vgl. auch Bitter, Handwörterbuch[2] II 492, Art. „Schleppmonopol“.

[8a] Wenn auch im allgemeinen der Private auf eigenem Grund und Boden nach seinem Ermessen eine Straße anlegen darf, so erlangt diese doch den Charakter einer öffentlichen Ortsstraße im Rechtssinn nur durch den von der Behörde vorgenommenen Akt der Widmung. Vgl. z. B. Bad. Ortsstraßengesetz v. 1908 §§ 4 u. 10. Walz, Bad. Ortsstraßenrecht S. 246. Flad, Kommentar zum Ortsstraßengesetz S. 44, 182. Ferner Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 677.

[9] Die Reichsgewerbeordnung (§ 6) hat daher alle die genannten Betriebe von der Herrschaft der Gewerbeordnung ausgenommen.

[10] So sagt das Allg. Preuß. Landrecht Teil II, Titel 15, § 51: „Das Recht aber, Fähren und Prahmen zum Übersetzen für Geld zu halten, gehört zu den Regalien des Staates.“ Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 431, 438. Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Fähren“ I[2] S. 555. Preuß. Wassergesetz von 1913 § 382. Bad. Wassergesetz von 1913 § 40, Ziff. 2. Art. „Fähren“ im Handwörterbuch der Staatswissenschaften IV[3] S. 15 (Stoerk-E. Loening) und im WB d. VerwR[2] I 750 (Otto Mayer). — Die Reichsgewerbeordnung findet auf Fähren keine Anwendung (Gewerbeordnung § 6). Landmann, I[6] S. 94.

[11] Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Schiffahrtskanäle“ II[2] S. 478. Über Hafenanlagen und Kanäle: Schenkel, Bad. Wasserrecht, 2. Aufl. 1902, S. 110, 137.

Staates und der Gemeinden.[12] Die Erklärung für solche Monopolisierung ist leicht zu finden. Auf Verkehr und Volkserziehung beruht ein gut Teil der nationalen Wohlfahrt. Ihre Regelung gehört daher zu den obersten Aufgaben jedes Staates. Durch das staatliche Monopol wird hier das Gemeininteresse geschützt.

II. Das Gesetz kann jedoch die Verwaltungsbehörden ermächtigen, die Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit einem Privaten zu gestatten, sei es in Konkurrenz mit der öffentlichen Verwaltung oder an deren Stelle.[12a] Dies ist aber nur zulässig, wenn Gewähr dafür besteht, daß auch durch Privatbetrieb der bestimmte öffentliche Zweck (Schule, Verkehr) erreicht wird. Die Behörde verleiht (konzediert) dadurch dem Privaten ein Recht,[13] das er bisher nicht besessen hat; seine individuelle Rechtssphäre wird erweitert. Man charakterisiert daher diesen Vorgang mit Grund als obrigkeitliche Konzession, Verleihung: Eisenbahnkonzession, Telegraphenkonzession („Telegraphenlicenz"), Wegekonzession, Fährenkonzession usf.

1. Im allgemeinen hängt es von dem Ermessen der zuständigen Behörde ab, ob sie eine derartige Konzession gewähren will. Nur ausnahmsweise gibt das Gesetz, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, dem Privaten einen Rechtsanspruch auf

---

[12] Hinschius, Kirchenrecht IV S. 582. Friedberg, Kirchenrecht, 6. Aufl. 1909, S. 543. Sägmüller, Katholisches Kirchenrecht, 2. Aufl. 1909, S. 471. Landmann, I[6] S. 89.

[12a] Einen Anwendungsfall dieser Erscheinung bietet in den deutschen Schutzgebieten die interessante, hier nicht weiter zu erörternde, von der Regierung Einzelnen oder Gesellschaften erteilte Ermächtigung, ihrerseits Land aufzusuchen, sowie herrenloses Land vorläufig in Besitz zu nehmen („Landkonzessionen"). Vgl. darüber das Urt. d. Reichsgerichts in Zivils. v. 1. Juli 1912 (Entscheidungen Bd. 80 S. 19 und die dort angeführte Literatur). Jäckel, Art. „Konzessionen" (koloniale) im WB d. VerwR[2] II 630. H. Edler v. Hoffmann, Einführung in das Deutsche Kolonialrecht, 1911, S. 199.

[13] Nach dem württemberg. Wassergesetz von 1900, Art. 28, ist zum Betrieb einer Fähre keine Konzession, sondern nur eine Polizeierlaubnis erforderlich. Ebenso nach dem Wassergesetz für das Königreich Sachsen von 1909 § 25; Fähren auf der Elbe, den Mulden und der weißen Elster können dagegen nur auf Grund einer Konzession betrieben werden. Schelcher, Sächs. Wassergesetz 1910, II S. 99.

Erteilung der Konzession.[14] Die Konzession beruht auf einem einseitigen staatlichen Hoheitsakt, einer Verfügung. Für diese kann ausnahmsweise die Gesetzesform vorgeschrieben sein (vgl. oben § 12). Die Konzession ist ein rechtsbegründender Staatsakt. Der Konzedent verleiht dem Beliehenen (Konzessionär) ein subjektives öffentliches Recht[14a] auf Errichtung und Betrieb eines bestimmten Unternehmens. Die Konzessionsurkunde stellt nach Maßgabe des Gesetzes die Rechte und Pflichten (z. B. Betriebspflicht usf.)[15] des Konzessionärs gegenüber der öffentlichen Verwaltung fest. Sie begründet jedoch im Zweifel kein Ausschließungsrecht des Konzessionärs[16] in dem Sinne, daß es dem Konzedenten fortan verwehrt wäre, die dem Konzessionär gestattete Tätigkeit auch einem anderen zu erlauben oder sie selbst in Konkurrenz mit dem Konzessionär auszuüben.[17]

---

[14] Nach § 2 des Reichsgesetzes über das Telegraphenwesen von 1892 muß den Gemeinden eine Telegraphenkonzession (Telephonkonzession) erteilt werden, „wenn die nachsuchende Gemeinde die genügende Sicherheit für den ordnungsmäßigen Betrieb bietet und das Reich weder eine solche Anlage errichtet hat, noch sich zur Errichtung oder zum Betriebe einer solchen bereit erklärt". — Ebenso darf in Baden die Konzession zur Errichtung (nichtgeistlicher) Privatschulen nicht versagt werden, wenn der Bewerber den gesetzlichen Normativbedingungen genügt. Bad. Schulgesetz 1910, § 133.

[14a] Unrichtig nimmt das Reichsgericht an, die Landkonzessionen in den Schutzgebieten begründeten private Berechtigungen. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 80, S. 23.

[15] Ausgedehntere Pflichten hat insbesondere die Eisenbahn gegenüber der Post- und Militärverwaltung zu erfüllen: unentgeltliche Beförderung von Postwagen, Beförderung von Truppen zu reduzierten Ansätzen usf. Reichs-„Eisenbahn-Post-Gesetz" vom 20. Dezember 1875 und Reichsverfassung, Art. 47. Vgl. dazu Wörterbuch des Deutschen Staats und Verwaltungsrechts, I² S. 659 (v. d. Leyen).

[16] Reichsverfassung, Art. 41, Abs. 3: „Die gesetzlichen Bestimmungen, welche bestehenden Eisenbahnunternehmungen ein Widerspruchsrecht gegen die Anlegung von Parallel- oder Konkurrenzbahnen einräumen, werden, unbeschadet bereits erworbener Rechte, für das ganze Reich hierdurch aufgehoben. Ein solches Widerspruchsrecht kann auch in den künftig zu erteilenden Konzessionen nicht weiter verliehen werden." v. Seydel, Kommentar z. Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, 2. Aufl., S. 271.

[17] Die Verletzung eines solchen Ausschlußrechtes würde einen Schadenersatzanspruch auslösen, gemäß den oben § 17 und unten § 22 dargelegten Grundsätzen. Erlaß der preuß. Ministerien v. 13. Juli 1912 (Reger XXXII 592).

Der Konzedent (Staat, Gemeinde) übt eine besondere, neben der polizeilichen Kontrolle einhergehende Aufsicht über Errichtung und Betrieb des konzedierten Unternehmens aus, um die Erfüllung der dem Konzessionär übertragenen Pflichten zu überwachen. Das Rechtsverhältnis zwischen Konzessionär und Konzedent untersteht in allen Beziehungen dem öffentlichen Recht. Ist die Konzession einer Privatperson erteilt, so bleiben dagegen ihre Beziehungen zu Dritten dem Privatrecht unterworfen; der Konzessionär schließt mit den Benutzern seines Unternehmens zivilrechtliche Verträge ab u. a. m. Eine öffentlichrechtliche Korporation dagegen besitzt die Möglichkeit, das auf Grund der Konzession begründete Unternehmen auch Dritten gegenüber als öffentlichrechtliche Anstalt auszugestalten (z. B. eine städtische Trambahn).[18]

Gesteigerte Rechte und Pflichten werden bei der Konzessionierung einer Verkehrsunternehmung begründet. So wird regelmäßig dem Unternehmer einer Eisenbahn oder einer öffentlichen Straße (Unternehmerstraße) die Befugnis verliehen, die erforderlichen Grundstücke im Wege der Expropriation erwerben zu dürfen (oben § 17). Von den Eigentumsbeschränkungen aber, denen die Nachbarn von Staats-, wie Privatbahnen unterworfen sind, ist bereits oben S. 308ff. die Rede gewesen. Dieses erhöhte öffentliche Interesse kommt andrerseits in der im öffentlichen Rechte begründeten Befugnis des Konzedenten zum Ausdruck, konzedierte Verkehrsunternehmungen an sich ziehen zu dürfen. Es sei hingewiesen auf das sog. staatliche Rückkaufsrecht, demzufolge der Staat Privatbahnen, die dem öffentlichen Verkehr dienen,[19] und private Schiffahrtskanäle[20] durch einseitigen Hoheitsakt erwerben kann, und ferner auf den gesetzlichen Anspruch der Gemeinden, von dem Unternehmer die Abtretung der Unternehmerstraße verlangen zu dürfen.[21]

Das durch die Konzession begründete öffentliche Individual-

---

[18] Oben § 18.

[19] Naturgemäß fallen sog. Privatanschlußbahnen, die ein Fabrikgrundstück mit dem öffentlichen Bahndamm verbinden sollen, außer Betracht. Denn Privatanschlußbahnen sind keine öffentlichen Verkehrsunternehmungen. Koehne, Grundriß des Eisenbahnrechts, 1906, S. 108.

[20] Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung II² S. 478.

[21] Vgl. die Belege oben Anm. 8.

recht ist gegen einen rechtgemäßen Eingriff der öffentlichen Gewalt ebensowenig gefeit, wie jedes andere Recht des Privaten. Aber auch hier kann der Eingriff eine Schadenersatzpflicht nach sich ziehen (oben § 17).[22]

2. Die Tatsache, daß der Konzessionär in Wahrheit ein Stück öffentlicher Verwaltung führt, wird in besonderem Grade sichtbar bei der Eisenbahnkonzession.[23] Der Charakter eines

---

[22] Beispiel: Einem gesetzmäßigen Befehl der Behörde, der die Verwaltung einer Privatbahn zur Einlegung von neuen Zügen im Interesse des Postdienstes zwingt, kann sich der Konzessionär nicht widersetzen. Allein der Staat hat dafür Entschädigung zu leisten. Entscheidungen des Schweiz Bundesgerichtes Bd. III (1877) S. 780; XI (1885) S. 220; XVII (1891) S. 170; XXIX (1903), Teil 1, S. 56. Dupraz et Correvon, La question des trains de nuit envisagée au point de vue juridique, 1886. Ripert, Les rapports entre la police et le pouvoir de gestion dans les situations contractuelles (Revue du Droit public XXII [1905] p. 5). — Für das französische Recht: Conseil d'Etat 11 mars 1910 (Sirey, Recueil général des lois et arrêts, 1911 III[1], und die Erörterungen von Hauriou in der Note daselbst).

[23] Carrard, A. Heusler und Hilty, Drei Rechtsgutachten, betr. die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession, 1877. Seiler, Über die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession nach schweiz. Recht (Zürcher Dissertation, 1888; bespricht u. a. die verschiedenen Theorien). Gleim, Das Eisenbahnbaurecht, 1893, Bd. I, S. 83ff. Randa, Bemerkungen zur Nordbahnfrage (Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht XII S. 694) und über denselben Gegenstand A. Exner und Grünhut, ebendaselbst XIV S. 704 u. 715. Georg Meyer, Erwiderung auf die Denkschrift des Herrn Prof. Laband über die Verstaatlichung der hessischen Ludwigs-Eisenbahn (s. unten Anm. 29). Georg Eger, Das preuß. Ges. über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen v. 28. Juli 1892, 2. Aufl. 1904, S. 32—40, 44—46, 128ff. Theodor Kittel, Die rechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers zum Staat und zur Gemeinde nach deutschem Verwaltungsrecht (Eger, Eisenbahnrechtl. Entscheidungen, Bd. 23 [1907] S. 19ff., 327ff., und die dort zitierte Literatur). Schelcher, in der Zeitschrift f. Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 29, S. 1, 97. WB d. VerwR[2] 1661 (Fritsch). Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 39, 330. W. Burckhardt, Studien zum schweizerischen Eisenbahnrecht (Polit. Jahrbuch d. schweiz. Eidgenossenschaft XXV [1911] S. 63 ff.). — In Deutschland steht im allgemeinen die Konzessionierung von Eisenbahnen den Landesbehörden zu. Laband, Staatsrecht III[5] S. 109. v. Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, zu Art. 41. Über die rechtliche Stellung der Eisenbahnen in Deutschland im allgemeinen: Fritsch, Handbuch der Eisenbahngesetz-

öffentlichen Unternehmens prägt sich hier aus in der Pflicht des privaten Konzessionärs zur Errichtung und zum Betrieb der Bahn;[24] in dem Kontrahierungszwang; in der Unzulässigkeit eines Verzichts auf die Konzession nach der Betriebseröffnung; in der Unpfändbarkeit der Betriebsmittel;[25] in dem Umstand, daß der Eisenbahndamm rechtlich wie ein öffentlicher Weg geschützt wird;[26] in der Geltendmachung der sog. Tarifhoheit,[27] d.h. der Befugnis des Staates, auch den Organen der Privatbahn die Ansätze vorzuschreiben, die sie den Beförderungsverträgen zu Grunde legen müssen.[28]

Alle Eisenbahnkonzessionen enthalten Vorschriften, denen zufolge nach Ablauf der Konzessionsdauer das Unternehmen, meist gegen Ersatz des vollen Wertes, an den Staat fällt („Heimfall") oder denenzufolge der Staat schon vor Ablauf der Konzession zu bestimmten Terminen von dem Rechte des „Rückkaufs" Gebrauch machen und so die Verstaatlichung herbeiführen kann. In beiden Fällen handelt es sich nicht um privatrechtliche Vorgänge. Beim Heimfall und beim Rückkauf erwirbt der Staat das Eigentum originär, kraft öffentlichen Rechtes. Der konzes-

---

gebung in Preußen und im Deutschen Reich, 2. Aufl., 1912. WB d. VerwR[2] Bd. I, Art. „Eisenbahnen". Handwörterbuch der Staatswissenschaften III[3] Art. „Eisenbahnen". Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht[6] S. 246.

[24] Neben den Konzessionen und den Landesgesetzen sind maßgebend die vom Bundesrat erlassene Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung v. 4. Nov. 1904 und die Eisenbahnverkehrsordnung v. 23. Dez. 1908. Die staatsrechtliche Gültigkeit dieser letzteren ist angefochten. Laband, Staatsrecht III[5] S. 130ff. und Reichsstaatsrecht,[6] S. 253.

[25] Reichsgesetz betr. die Unzulässigkeit der Pfändung von Eisenbahnfahrbetriebsmitteln v. 3. Mai 1886. — In Betracht fallen auch die Landesgesetze über die Bahneinheit (EG. z. BGB., Art. 112). Nach diesen können einzelne zum Bestand eines Eisenbahnunternehmens gehörige Stücke durch Pfandgläubiger nicht ihrem Zwecke entfremdet werden. Koehne, Grundriss des Eisenbahnrechts, S. 62. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II[9] S. 286, 302, 783.

[26] Otto Mayer, Eisenbahn und Wegerecht (Archiv f. öffentl. Recht XV 511; XVI 38, 203), oben S. 301ff. — Die dem alten Straßenregal entstammende Vorstellung, daß die Eisenbahnwege Verkehrswege sind, hat auch in Ländern mit Privatbahnsystem die Rechtfertigung für die Einführung der staatlichen Konzessionspflicht gebildet.

[27] Vgl. dazu Reichsverfassung, Art. 45.

[28] Über die Übertragung der Bahnpolizei s. oben S. 307, Anm. 30.

sionsmäßige Rückkauf[29] insbesondere ist nichts anderes als Zwangsenteignung eines Eisenbahnunternehmens.[30] Die Bestimmungen der Konzessionsurkunden über Zulässigkeit und Termine des Rückkaufs und über den Rückkaufspreis enthalten kein pactum de vendendo, sondern Spezialnormen für die Vornahme der Enteignung und für die Feststellung der Enteignungsentschädigung.

Auch Straßenbahnen bedürfen einer staatlichen Eisenbahnkonzession,[31] mag als Unternehmer eine private Gesellschaft oder eine Gemeinde auftreten. Da aber die Straßenbahn über keinen eigenen Bahnkörper verfügt, sondern die öffentliche Straße benutzt, so hat der Konzessionär überdies ein besonderes Recht auf diese gesteigerte Straßenbenutzung zu erwerben. Dieses Recht wird nicht etwa schon mit der Eisenbahnkonzession verliehen. Es muß von dem Herrn der öffentlichen Straße, getrennt von der Eisenbahnkonzession, erworben werden. Die Eisenbahnkonzession wird dem Straßenbahnunternehmen regelmäßig erst erteilt auf den Nachweis hin, daß ihm dieses Straßenbenutzungsrecht zugesichert worden ist.

---

[29] Otto Mayer, II S. 317. Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 469, Anm. 17. Tezner, im Archiv f. öffentl. Recht IX S. 537. Andrer Ansicht: Koehne, Grundriß des Eisenbahnrechts S. 104. Laband, Denkschrift über die Verstaatlichung der Hessischen Ludwigs-Eisenbahn, 1893. (Laband erblickt in den Normen der Konzession über den Rückkauf eine privatrechtliche Abrede über einen zukünftigen Kaufvertrag.) A. Heusler, in der Ztschr. f. Schweiz. Recht n. F. XVI 409. — Über den Rückkauf der schweiz. Hauptbahnen durch den Bund vgl. Schweiz. Bundesblatt 1897 II S. 230, 897ff. v. Salis, Schweizer. Bundesrecht. Bd. I, Nr. 42 bis 26; Nr. 34 II.

[30] Über die privatrechtlichen Wirkungen des Rückkaufs für die Gläubiger des Eisenbahnunternehmens vgl. Eugen Huber und Laband, Zwei Gutachten über die Rechtsfragen, die sich aus dem Rückkauf der schweiz. Hauptbahnen für deren Obligationsanleihen ergeben, 1900. Alfred Wieland, Das Rückkaufsrecht des Bundes und die Rechtsstellung der Obligationäre (Zeitschrift f. Schweiz. Recht, n. F. XX [1901] S. 1ff.).

[31] Vgl. die oben Anm. 23 zitierte Abhandlung von Kittel und unten die Erörterungen des § 22. — Das Landesrecht hat bisweilen für Straßenbahnen (Kleinbahnen) besondere Vorschriften erlassen. Vgl. insbes. das Preuß. Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. Juli 1892 und dazu den Kommentar von Eger, 2. Aufl 1904. Eger, Art. „Kleinbahnen" im WB d. VerwR² II 578.

2. Die öffentlichen Sachen.

§ 20. Die öffentlichen Sachen im Allgemeinen.[1]

I. Die Sachen, deren sich der Staat oder ein andrer öffentlichrechtlicher Verband zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient, nennt man öffentliche Sachen im weiteren Sinn. Ihrer Zweckbestimmung nach gehören sie entweder zum Finanzvermögen oder zum Verwaltungsvermögen oder zu den Sachen im Gemeingebrauch.[2]

Zum Finanzvermögen (Fiskalgut, werbendes Vermögen usf.) rechnet man die Sachen, die durch ihren Kapitalwert oder durch ihre Erträgnisse dem Staat oder der Gemeinde die finanziellen Mittel zur Führung der öffentlichen Verwaltung liefern: Bargeld, Wertpapiere, Äcker, Wälder, Fabrikanlagen, Anlagen eines fiskalischen Seebadunternehmens[2a] usf. Das Finanzvermögen untersteht dem Privatrecht. Die Veräußerung und Belastung der dazu gehörigen Sachen erfolgt in den Formen des Privatrechts; die erwähnten Sachen sind der Pfändung und Zwangsvollstreckung zugänglich, wie das Vermögen eines beliebigen Privatmanns. Bei der Verwaltung dieses Vermögens können die zuständigen Organe nicht bloß durch Rechtsätze, sondern daneben noch durch Dienstinstruktionen gebunden sein; für Dritte sind diese letzteren jedoch ohne Bedeutung. Da juristisch Besonderes für das Finanzvermögen nicht gilt, so fallen auch die Sachen, die dazu gezählt werden, für die nachstehenden Erörterungen außer Betracht.

---

[1] Biermann, Die öffentl. Sachen, 1905. Otto Mayer, II S. 60ff. Gierke, Deutsches Privatrecht II § 102 (mit reichen Angaben aus Literatur und Praxis). Bekker, Pandekten I § 77, 78. Endemann, Bürgerl. Recht, Bd. II §§ 4, 5. Regelsberger, Pandekten I S. 415ff. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 369ff. Moll, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 54. Joseph Oßwald, Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen nach geltendem deutschem Privat- und Verwaltungsrecht (Heidelberger juristische Dissertation, 1909). Carl Wieland, Das Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs, 1909, Erläuterungen zu Art. 664 (Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Zürich, Bd. IV). H. Theobald, Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen, Heidelberger Dissertation 1912.

[2] Laband, Staatsrecht IV[4] S. 346, 355.

[2a] Preuß. OVG 1. Dezember 1911 (Entscheidungen Bd. 62, S. 296).

Als öffentliche Sachen im engeren Sinn erscheinen nur die Objekte, welche entweder der Benutzung jedermanns offen stehen (Sachen im Gemeingebrauch) oder welche die unentbehrliche sachliche Grundlage für die Erfüllung einer konkreten Verwaltungsaufgabe darstellen (Verwaltungsvermögen). Die genannten Sachen dienen somit öffentlichen Zwecken durch ihren unmittelbaren Gebrauchswert, nicht durch ihren Kapitalwert (wie die Sachen des Finanzvermögens). Im Gemeingebrauch stehen die Sachen, die vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit (z. B. Flüsse, Gletscher) oder vermöge ihrer rechtlichen Zweckbestimmung von jedermann benutzt werden können: öffentliche Straßen und Brücken, öffentliche Brunnen, Stühle und Bänke auf einer öffentlichen Promenade, öffentliche Uhren usf.[3] Im Gegensatz dazu setzt sich das Verwaltungsvermögen zusammen aus den Sachen, welche den Apparat für den Betrieb öffentlicher Anstalten darstellen: Schulhäuser, Krankenhäuser, Liegenschaften und Maschinen städtischer Gas- und Elektrizitätswerke, Museen, Kasernen, Festungswerke, Kirchengebäude, Begräbnisplätze, Telegraphenapparate, Gewehre und Kanonen, Kultusgegenstände der Landeskirchen usf.[4] In solchen Sachen verkörpern sich bestimmte Verwaltungstätigkeiten. Die erwähnten Objekte sind nach ihrer ganzen Beschaffenheit unmittelbar dem öffentlichen Dienst gewidmet.

Keine deutsche Gesetzgebung besitzt einen Katalog, der darüber Aufschluß gäbe, welcher von den drei Kategorien öffentlicher Sachen (Finanzvermögen, Verwaltungsvermögen, Sachen im Gemeingebrauch) das einzelne von der öffentlichen Verwaltung in Gebrauch genommene Objekt zuzurechnen ist. Wir sind daher genötigt, dies von Fall zu Fall erst festzustellen.

II. Es macht die Eigenart der öffentlichen Sachen im engeren Sinn aus, daß für sie teils öffentliches Recht, teils Privatrecht maßgebend ist.

1. Sofern nicht die Natur selbst, wie bei den natürlichen Wasserläufen, eine Sache zu einer öffentlichen gemacht hat, kann die Sache nur durch einen öffentlichrechtlichen Akt des

[3] S. unten § 21.

[4] Meurer, Art. „Heilige Sachen" im WB d. VerwR² II 380. Friedberg, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 586ff. Schoen, Evangel. Kirchenrecht in Preußen, II (1910) S. 444.

zuständigen Staatsorgans zu einer öffentlichen gestempelt und nur durch einen Akt gleicher Art ihrer öffentlichen Zweckbestimmung wieder entzogen werden. Dieser Akt ist die Widmung, die Indienststellung. Erst von dem Augenblick an, da z. B. die zuständige Wegepolizeibehörde den Gemeingebrauch eröffnet, wird das Wegeareal zur öffentlichen Straße.[5] Es ist selbstverständlich, daß die Behörde eine Sache einem öffentlichen Zwecke nur widmen darf, wenn sie auch die privatrechtliche Verfügungsgewalt darüber besitzt. Fehlt ihr diese, so braucht um deswillen die Widmung nicht nichtig zu sein.[6] Allein nicht nur die Widmung ist ein Ausfluß der obrigkeitlichen Gewalt, sondern auch die Aufstellung der Vorschriften über die Benutzung der öffentlichen Sachen. Diese Normen selbst sind öffentlichrechtlicher Natur. Es sei hingewiesen auf die Ordnungen über die Benutzung der öffentlichen Straßen, Bibliotheken, Museen usf. Die Vollziehung dieser Vorschriften fällt in die Kompetenz der Verwaltungsbehörden. Streitigkeiten über die Benutzung einer öffentlichen Sache gehören deshalb grundsätzlich nicht vor die ordentlichen Gerichte, sondern vor die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte. Der Satz gilt selbstverständlich auch für die Fälle, in denen verschiedene öffentlichrechtliche Korporationen untereinander über die Benutzung eines und desselben Objekts streiten. Ein hierher gehöriges Beispiel bieten die Streitigkeiten über den gemeinschaftlichen Gebrauch desselben Kirchengebäudes durch mehrere Konfessionen (Simultangebrauch).[7]

2. Die vorstehend gekennzeichnete öffentlichrechtliche Zweckbestimmung verdeckt häufig die privatrechtliche Seite der öffentlichen Sache. Die herrschende Lehre nimmt mit Fug an, daß öffentliche Sachen i. e. S., soweit für sie nicht öffentliches Recht zur Anwendung kommt, unter der Privatrechtsordnung stehen. Insbesondere sind öffentliche Sachen regelmäßig der

[5] Über die Beurteilung der Frage, ob eine Straße eine öffentliche sei, vgl. z. B. württemberg. Verwaltungsrechtspflegegesetz, Art. 10, Ziff. 21. Germershausen, Wegerecht in Preußen, I S. 696.

[6] Arg.: Reichsgericht in Zivils. Bd. 64, S. 184. Soergel, I S. 622, Nr. 10. Preuß. Zuständigkeitsgesetz von 1883, § 56. Vgl. darüber unten § 22.

[7] Vgl. unten § 21.

gewöhnlichen privatrechtlichen Eigentumsherrschaft einer Person unterworfen. Als Eigentümer öffentlicher Sachen erscheint meist eine öffentlichrechtliche Korporation (Staat oder Gemeinde); ausnahmsweise kann die Sache auch einem Privatmann gehören.[8] Nur das Bett öffentlicher Flüsse wird, solange die Wasserwelle darüber hingeht, von einzelnen Gesetzgebungen (Württemberg, Schweiz),[9] als eigentumsunfähig behandelt[9a].

Der soeben erwähnten Auffassung tritt in neuerer Zeit in Deutschland eine namentlich von Otto Mayer begründete[10]

---

[8] Oßwald, Rechtsverhältnisse an öffentl. Sachen, S. 22ff. Wassergesetz für das Königreich Sachsen von 1909, § 5, und dazu die Bemerkungen in dem Kommentar zum Wassergesetz von W. Schelcher, Bd. II S. 23ff. Vgl. auch das Reichsgesetz über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände, vom 25. Mai 1873.

[9] Württemberg. Wassergesetz v. 1900, Art. 7. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 664: „Die herrenlosen und die öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden. An den öffentlichen Gewässern, sowie an dem der Kultur nicht fähigen Lande, wie Felsen und Schutthalden, Firnen und Gletschern, und den daraus entspringenden Quellen besteht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum. Das kantonale Recht stellt über die Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Straßen und Plätze, Gewässer und Flußbetten, die erforderlichen Bestimmungen auf." Emil Müller, Das Eigentum an den öffentl. Sachen im Schweiz. Recht (Ztschr. f. Schweiz. Recht n. F. XXXI 207). Über das im wesentlichen damit übereinstimmende französisch-rheinische Recht: Soergel, II S. 74, 77. Für Preußen sind die Verhältnisse bis zum Wassergesetz v. 7. April 1913 bestritten gewesen: Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Flüsse", I² S. 604; Johow, Jahrbuch Bd. 42, S. 176; Reichsgericht i. Zivilsachen Bd. 80, S. 366; für das neue Recht s. unten § 22, I. Nach EG. z. BGB. Art. 65 ist die Aufstellung aller Vorschriften, welche dem Wasserrecht angehören, der Landesgesetzgebung vorbehalten geblieben. Das Landesrecht besitzt infolgedessen auch die Kompetenz, das Bett öffentlicher Flüsse als eigentumslos zu erklären.

[9a] Eigentumsunfähig ist der Meeresboden; dazu gehört der Teil des Meeresstrandes, welcher täglich von der normalen höchsten Flut überströmt wird. Preuß. OVG 1. Dezember 1911 (DJZ XVII 758).

[10] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II §§ 35, 36, und der Aufsatz: „Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentumes" (Archiv für öffentl. Recht, Bd. XXI [1907] S. 499), ferner Art. „Öffentliche Sachen" im WB d. VerwR² III 9. Layer, Enteignungs-

Lehre entgegen, die alle Sachen, in denen sich ein Stück öffentlicher Verwaltung verkörpert (Sachen im Gemeingebrauch, Eisenbahnen, Kirchhöfe, Festungen, Kirchengebäude), der Herrschaft des Privatrechts entrücken und nach allen Seiten dem öffentlichen Rechte unterstellen will. Sie schmilzt die sachenrechtliche Herrschaft über das Objekt mit der öffentlichrechtlichen Verfügungsgewalt zusammen zu einem einheitlichen Institut, dem sog. „öffentlichen Eigentum". Diese Theorie weist demgemäß nicht nur die Streitigkeiten über die Benutzung der öffentlichen Sachen, sondern auch die Schadenersatzansprüche wegen Beschädigung oder wegen mangelhaften Unterhalts des öffentlichen Eigentums der Beurteilung der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte zu. Diese Auffassung ist nicht neu. Das römische Recht hat demselben Gedanken praktische Gestalt gegeben, und das moderne französische Verwaltungsrecht hat ihn in dem Begriff der „domaine public" ausgestaltet.[11] Die Lehre vom öffentlichen Eigentum bezweckt, die öffentlichen Sachen der Herrschaft des Privatrechts zu entziehen und für sie nach allen Richtungen ein einheitliches öffentliches Recht auszubilden. In dem Streit um die Basler Festungswerke (1859) hat diese Forderung nach richterlicher Anerkennung gerungen.[12] Sie ist aber damals

---

recht S. 617, 623. Kisch, Elsaß-Lothr. Landesprivatrecht, § 67. Hatschek, im Verwaltungsarchiv, Bd. VII S. 459. Zeimer, Abgrenzung des öffentlichen und des privaten Eigentums im Elsaß-Lothring. Recht (Jurist. Zeitschr. f. Elsaß-Lothringen Bd. 38, S. 144). Eine nähere Begründung der Lehre hat zuerst gegeben Eisele, Die Rechtsverhältnisse der res publicae in publico usu, Basler Rektoratsprogramm, 1873. — Die Folgerungen, die sich aus der verschiedenen Auffassung der öffentlichen Sachen ergeben, stellt sehr gut zusammen: Herbert Schelcher, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht (Fischers Zeitschrift f. Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 31 [1906] S. 1ff.).

[11] Hauriou, Précis de Droit administratif[7], p. 659. Laferrière, Juridiction administrative I p. 544. Berthélemy, Droit administratif[7] p. 406. Otto Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts, S. 227. Fuzier-Herman, Répertoire alphabétique de droit français. XVIII p. 11. — Über das italienische Recht s. S. Romano, Diritto amministrativo[3] p. 458. S. Trentin, l'actio finium regundorum in confronto del demanio pubblico (Rivista di Diritto pubblico 1910).

[12] Bei der Trennung von Basel-Stadt und Basel-Land i. J. 1833 wurde Basel-Stadt für verpflichtet erklärt, an Basel-Land 64 Prozent des Staats-

unterlegen. Gesetzgebung und Praxis haben an dem Dualismus festgehalten. Maßgebend für diese Entscheidung ist gewesen die Erwägung, daß es in Deutschland an einer besonderen Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums fehlt, und mitgewirkt hat ferner das Bestreben, die Kompetenz zur Beurteilung von Streitsachen der erwähnten Art den ordentlichen Gerichten zu erhalten. Mag man diese Lösung billigen oder tadeln, soviel steht fest, daß sich in Deutschland die Gesetzgebung ihr im wesentlichen angeschlossen hat.[13] Nur in Elsaß-Lothringen wirkt die französische Lehre vom „domaine public" nach.[14]

gutes abzugeben. Die Ausscheidung wurde sofort vollzogen. Als jedoch i. J. 1859 Basel-Stadt seine Festungswerke schleifte und das freigewordene Areal zum Teil in öffentliche Anlagen verwandelte, zum Teil aber als Bauplätze verkaufte, erhob Basel-Land Anspruch auf den Erlös. Hier entstand nun die Frage, ob an den Festungswerken privatrechtliches Eigentum bestanden habe, das in die Teilungsmasse gehöre. L. v. Keller, Ihering, Dernburg, Rüttimann sprachen sich in Gutachten in verschiedenem Sinne darüber aus. Durch Urteil des Schweiz. Bundesgerichts vom 29. Oktober 1862 wurde festgestellt, daß auch an den Festungswerken privatrechtliches Eigentum bestanden habe und der Verkaufserlös in die Teilungsmasse falle. Durch Übereinkunft zwischen Basel-Stadt und Basel-Land vom 2. März/21. April 1863 wurde die Höhe des Basel-Land gebührenden Anteils und die endgültige Abfindung festgestellt. Die Gutachten s. in der Schrift: „Der Rechtsstreit über die Basler Festungswerke, herausgegeben auf Anordnung der H. Regierung des Kantons Basel-Stadt, 1862." — Regelsberger, Pandekten I S. 423. Windscheid-Kipp, Pandekten I § 146, Anm. 17. H. Theobald, Rechtsverhältnisse der öffentl. Sachen S. 1 (Literatur) und 12ff.

[13] Vgl. z. B. Badisches Wassergesetz §§ 5, 23. Eine indirekte Anerkennung dieser Auffassung enthält auch die Reichsgrundbuchordnung von 1897, § 90, darnach kann durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden, daß die Grundstücke des Fiskus oder gewisser juristischer Personen, die öffentlichen Wege und Gewässer, sowie solche Grundstücke, welche einem dem öffentlichen Verkehre dienenden Bahnunternehmen gewidmet sind, nur auf Antrag ein Grundbuchblatt erhalten. Oßwald, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen, S. 29. Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913 § 13: „Im Grundbuch wird ein Wasserlauf nur auf Antrag des Eigentümers oder eines Berechtigten eingetragen ..." Wiener, Bad. Wasserrecht S. 326. S. auch Schweiz. Zivilgesetzbuch. Art. 944. Abs. 1. — Die Bedenken gegen die Lehre vom öffentlichen Eigentum s. bei Fleiner, Umbildung zivilrechtl. Institute durch das öffentl. Recht, S. 15ff.

[14] Für Elsaß-Lothringen: Kisch, Elsaß-Lothr. Landesprivatrecht. § 67. — Auch im Königreich Sachsen schloß sich die Rechtsprechung des

Die Herrschaft des Privatrechts über die öffentlichen Sachen im engeren Sinne hört an dem Punkte auf, an dem der öffentliche Dienst der Sache beginnt.[15] Allgemein ist dies anerkannt für die Sachen im Gemeingebrauch; nach den meisten Gesetzgebungen gilt es jedoch auch für das Verwaltungsvermögen.[16] Die öffentliche Sache kann durch ein privatrechtliches Geschäft ihrer öffentlichen Zweckbestimmung nicht entfremdet werden. Daher ist eine Bestellung dinglicher Rechte an einer öffentlichen Sache zu Gunsten eines Dritten rechtlich nur soweit möglich, als die Ausübung dieser Rechte die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, der die Sache gewidmet ist, weder hindert, noch in Frage stellt.[17]

Oberverwaltungsgerichts zunächst der Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum an. Vgl. nämlich das Urt. d. Kgl. Sächs. OVG. v. 5. Febr. 1902 (Jahrbücher II S. 99): Ein Hauseigentümer hat die Trottoirplatten vor seinem Hause durch Abladen von Bierfässern beschädigt. Der Stadtrat fordert von ihm Ersatz der Reparaturkosten. Der Beklagte verlangt gerichtliche Entscheidung. Der Stadtrat belehrt ihn, daß nur der Verwaltungsweg zulässig sei, da es sich um Verletzung öffentlichen Eigentums handle. Auf Anfechtungsklage hin gibt das OVG. dem Stadtrat Recht. In seinem Urteil v. 2. Februar 1910 (Jahrbücher XV S. 175) ist jedoch das Sächs. Oberverwaltungsgericht von seiner ersten Ansicht abgegangen und hat sich der herrschenden Anschauung angeschlossen; vgl. auch Urt. v. 2. März 1912 (Jahrbücher XVIII 216). In Anlehnung an die französische Theorie (domaine public) und die Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum hat dagegen das Urt. d. Reichsgerichts i. Zivilsachen v. 1. Oktober 1912 (Entscheidungen Bd. 80, S. 123; Preuß. Verw.Bl. XXXIV 895) erklärt, daß in der Rheinprovinz die Übertragung des Eigentums an einem Hafenbett einen öffentlichrechtlichen Akt des Staats darstellt und infolgedessen nicht der Auflassung gemäß BGB § 925 bedarf.

[15] Die Kompetenz der Landesgesetzgebung zur Zurückdrängung des Privateigentums aus Gründen des öffentlichen Rechts ist ausdrücklich vorbehalten im EG. z. BGB., Art. 55, 109, 111.

[16] In Baden untersteht das Verwaltungsvermögen im großen und ganzen den allgemeinen Vorschriften des bürgerl. Rechts. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 250 und Dorner-Seng, Bad. Landesprivatrecht, §§ 36—37.

[17] Miete und Pacht über zeitweilig nicht für den öffentlichen Dienst verwendete Räume ist zulässig. Ebenso hat ein Urt. des RG. in Zivils. v. 8. Febr. 1893 (Entsch. Bd. 31, S. 217) ausgesprochen, die Veräußerung eines Kirchengebäudes an einen Privaten sei zulässig, der Erwerber sei jedoch verpflichtet, der Kirchengemeinde die Kirchenschlüssel herauszugeben, damit die Kirchengemeinde das Gebäude für ihre Kultuszwecke weiter benutzen könne. Andrerseits ist die Ersitzung an einer öffentl. Sache im e. S., solange der öffentl. Gebrauch dauert, ausgeschlossen

Ebenso können dingliche Rechte, die an der Sache vor ihrer öffentlichen Indienststellung begründet worden sind, nur in dem Umfange weiter ausgeübt werden, als sie den öffentlichen Gebrauch nicht schmälern.[18] Die Zwangsenteignung einer öffentlichen Sache zu Gunsten eines andern öffentlichen Unternehmens ist erst möglich, nachdem die zuständige Verwaltungsbehörde eine Entwidmung (Außerdienststellung, Kassierung) vorgenommen hat.[19] Sachen im Gemeingebrauch und Objekte des Verwaltungsvermögens unterliegen endlich nicht der Pfändung und Zwangsvollstreckung. Denn an der Unentbehrlichkeit dieser Sachen für die öffentliche Verwaltung bricht sich das private Recht jedes Gläubigers.[20]

Trotzdem bleibt für die Entfaltung des Privatrechts noch ein weiter Raum. Für jede Benutzungshandlung, die außerhalb der öffentlichen Zweckbestimmung der Sache liegt, sind die Normen des Privatrechts maßgebend. So schließt die öffentliche Behörde über die Vergebung des Gras- und Obstnutzens eines öffentlichen Parkes privatrechtliche Pachtverträge mit Dritten ab.[20a] Die privatrechtliche Verantwortlichkeit, die der Eigentümer zu tragen hat, trifft auch den Herrn einer öffentlichen Sache. Auch er hat dafür zu sorgen, daß seine Sache einem Dritten keinen Schaden zufügt, und er hat dem Geschädigten Ersatz zu leisten, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig diese

---

(Kamptz u. Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts, Bd. I S. 164); dasselbe gilt für die Verpfändung einer öffentlichen Sache. Vgl. unten § 21.

[18] So kann eine Wegegerechtigkeit an einem Grundstück weiter ausgeübt werden, das für den Eisenbahnbetrieb mit herangezogen worden ist, (Soergel, I S. 53, Nr. 1019). Wieland, Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs, S. 84.

[19] Schelcher, Enteignungsgesetz für das Königreich Sachsen, S. 52ff. und die dort zitierten Schriften. Vgl. oben S. 292. Anm. 43.

[20] Meili, Schuldexekution und Konkurs gegen Gemeinden, 1880 (Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege, Bd. 4, S. 115). Oßwald, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen, S. 39. Vgl. auch oben § 13. Württemberg. Ausf.-Gesetz z. ZPO., Art. 18, Abs. 4: „Der Pfändung sind nicht unterworfen solche Sachen, welche für die Erfüllung der Zwecke des öffentlichen Dienstes unentbehrlich sind. Über diesfallsige Einwendungen entscheidet das Vollstreckungsgericht."

[20a] Ebenso kann das Recht zur Benutzung der Bäume auf einer Landstraße durch Ersitzung erworben werden. Preuß. OVG 30. Mai 1912 (DJZ XVIII 358).

Pflicht verletzt (BGB. § 823). Da eine öffentliche Sache begriffsmäßig eine Benutzung durch Dritte voraussetzt, so hat ihr Eigentümer insbesondere darüber zu wachen, daß sie sich stets in dem Zustand befindet, der durch ihre besondere Zweckbestimmung bedingt ist. Daher haftet der Straßeneigentümer oder Straßenunterhalts- oder Reinigungspflichtige für den Schaden, den der Passant infolge mangelhafter Unterhaltung der Straße erleidet (Ausgleiten bei ungenügender Bestreuung oder unzureichender Beleuchtung der Straße),[21] und es haftet der Staat oder die Gemeinde, wenn infolge mangelhafter Einrichtung eines Schulhauses (seiner Treppen, Schulbänke, Diensträume) Schüler oder Lehrer zu Schaden kommen[22] (vgl. auch oben § 18). Diese Haf-

[21] Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 207ff. Soergel, I S. 51, Nr. 906; S. 36, Nr. 6. Vgl. ferner Linckelmann, Haftung der Stadtgemeinden für Unfälle auf den Bürgersteigen (Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 24, S. 244). Weitere Entscheidungen bei Kamptz u. Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts I S. 255, II S. 899. Reger, XXIV 158, XXV 325, XXVII 305, 462; XXX 297; XXXI 541; Erg.-Bd. I 199, Erg.-Bd. III 146. RG. in Zivils. Bd. 54, S. 53. Soergel, I S. 38—41. Spruchsammlung 1912 der DJZ S. 229. Mangelhafte Unterhaltung einer öffentlichen Treppe: Preuß. Verw.-Bl. XXXII 154. Verletzung eines Friedhofbesuchers durch umstürzenden Grabstein, Haftung der Kirchengemeinde als Friedhofseigentümerin: Reger XXXI 547. Haftung der Gemeinde infolge mangelnder Sicherung einer gefährlichen Wegstelle; infolge mangelhafter Einrichtung einer öffentlichen Rodelbahn: Spruchsammlung 1911 der DJZ. S. 166; 1912 S. 167; Gruchots Beiträge Bd. 57, S. 691. Haftpflicht der Gemeinde für Verkehrssicherheit während der Dauer von Straßenreparaturen: Spruchsamml. 1909 d. DJZ. S. 149. — Der Eigentümer (Unterhaltungspflichtige) hat nur einzustehen für Schäden, die der Private bei bestimmungsgemäßem Gebrauch einer öffentlichen Sache erleidet. Betritt ein Privater verbotswidrig eine Hafenanlage und erleidet dort Schaden, so haftet der Hafeneigentümer nicht. Reichsgericht in Zivils. v. 6. Apr. 1905 (Reger, Erg.-Bd. III S. 560).

[22] Mangelhafte Unterhaltung der Dienstgebäude (Schulgebäude): Soergel, I S. 20, Nr. 9, S. 32, Nr. 4; S. 41, Nr. 24; Reger XXX 116. Mangelhafte Unterhaltung einer öffentlichen Badeanstalt: Kamptz u. Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts I S. 68; Preuß. Verw. Bl. XXXIII 135; Reger XXXI 545. Verletzung eines Metzgers infolge schlechten Unterhalts des Gemeindeschlachthauses, Haftung der Gemeinde: Badische Rechtspraxis 1911, S. 176. Haftung der Militärbehörde für Schaden verursacht durch weggeworfene Glühzünder: Reichsgericht in Zivils. Bd. 55, S. 171; durch durchgebrannte Dienstpferde: Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 76, S. 225. S. auch oben § 18.

tung trifft den Eigentümer nicht nur gegenüber den Benutzern, sondern auch gegenüber Nachbarn, die infolge mangelhafter Unterhaltung der öffentlichen Sache und der mit ihr verbundenen Anlagen (Geruchsbelästigungen durch ungenügend verwahrte öffentliche Abortanlagen usf.) geschädigt werden.[23] Soweit aber eine Beeinträchtigung Dritter durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch der öffentlichen Sache herbeigeführt wird (Straßenlärm, Trompetensignale in den Kasernen), versagen die zivilrechtlichen Schutzmittel.

§ 21. Das Verwaltungsvermögen.[1]

I. Wie oben ausgeführt worden ist, zählen wir zum Verwaltungsvermögen die Objekte, die den notwendigen Apparat darstellen für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung. Die Möglichkeit, Verwaltungsaufgaben überhaupt besorgen, oder zum mindesten die, sie richtig besorgen zu können, kann davon abhängen, daß der Behörde die Verfügungsmacht über die erforderlichen Sachen dauernd erhalten bleibt.[2] Darum begründet die Rechtsordnung durch Sätze des öffent-

---

[23] Anschütz, im Verwaltungsarchiv V S. 86ff. Wieland, Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs, S. 85.

[1] Literaturangaben siehe oben bei § 20.

[2] Gegen die, oben S. 328, verteidigte Anschauung, derzufolge zum Verwaltungsvermögen auch Gerichtsgebäude, Schulhäuser u. a. m. gehören, hat man gelegentlich eingewendet, man müsse scharf unterscheiden zwischen den Sachen, die den Schauplatz einer öffentlichen Verwaltungstätigkeit darstellten und den Sachen, die Bestandteil der Verwaltungstätigkeit selbst seien; nur diese letzteren dürfe man zum Verwaltungsvermögen rechnen. Diese Einwendung ist unbegründet. Es ist richtig, daß Gericht und Schule auch in gemieteten Räumen gehalten werden können. Zweck und Würde dieser Tätigkeiten verlangen aber nach moderner Auffassung eine feste Unterlage. Die Vertreibung des Gerichts aus dem einmal für dieses errichteten Gerichtshaus und der öffentlichen Schule aus ihrem Schulhaus würde einer capitis deminutio gleichkommen. Dies wird durch die öffentliche Zweckgebundenheit dieser Objekte verhindert. Denn diese ethischen Werte darf das öffentliche Recht nicht unberücksichtigt lassen. Zu einem judicium finium regundorum, d. h. einer Ausscheidung des Verwaltungsvermögens und des Finanzvermögens, ist regelmäßig Anlaß geboten bei einer Pfändung oder Verpfändung von Gemeindegut. Vgl. oben S. 333 und dazu: Badische Gemeindeordnung

lichen Rechts eine Zweckgebundenheit dieser Sachen. Sie auferlegt ihnen eine öffentlichrechtliche Beschränkung, derzufolge die einzelne Sache auch rechtlich an eine bestimmte Verwaltungsaufgabe gebunden wird. So hindert sie einerseits einen Gläubiger daran, durch Geltendmachung seines Forderungsrechtes die Sache dem öffentlichen Zwecke zu entfremden,[3] nimmt aber andrerseits auch dem Staat oder der Gemeinde die Befugnis, unter Berufung auf ihr Eigentumsrecht in die der öffentlichen Zweckbestimmung der Sache entsprechende Benutzung einzugreifen.[4]

---

v. 1910 § 155: „. . . Nicht zum Unterpfand dürfen gegeben werden: Kirchen, Pfarr- und Schulhäuser, Pfrund- und Krankenhäuser." (=Städteordnung § 129.) Über die Ausscheidung im allgemeinen: Meili, Schuldexekution und Konkurs gegen Gemeinden S. 28ff.

[3] Ein Kriegsschiff des Reichs hat einen Frachtdampfer beschädigt. Auf Klage der Eigentümerin verurteilten das Landgericht und das Oberlandesgericht Kiel den Reichsfiskus zum Schadenersatz „falls er nicht vorziehe, das betr. Linienschiff zum Zwecke der Befriedigung der Klägerin wegen des fraglichen Betrages im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben". Das Reichsgericht hat am 5. Januar 1910 mit vollem Recht das angefochtene Urteil aufgehoben mit der durchschlagenden Begründung, die Zwangsvollstreckung in ein Kriegsschiff sei schlechthin ausgeschlossen. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 72, S. 347; s. ferner Bd. 79, S. 179.

[4] Biermann, Öffentl. Sachen, S. 48ff. Niedner, Zur Frage der kirchlichen Kompetenz auf dem Gebiet des Begräbniswesens in Preußen (Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht, Bd. 18, S. 161). Hermann Mayer, Die Rechtsverhältnisse der Begräbnisstätten, unter besonderer Berücksichtigung Badens; Heidelberger Dissertation 1913. Es erscheint deshalb zum mindesten als höchst zweifelhaft, ob der Eigentümer eines öffentlichen Begräbnisplatzes die Befugnis besitzt, Personen, die das von der Reichsgewerbeordnung freigegebene Gewerbe der Leichenbestattung ausüben, von der Betätigung ihres Gewerbes auf dem Friedhof auszuschließen und dadurch ein faktisches Monopol zugunsten gewisser Leichenbestattungsgeschäfte zu begründen. Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse, S. 36. — Außer Zweifel steht m. E., daß der Friedhofeigentümer (z. B. eine Gemeinde) gottesdienstliche Handlungen auf dem Friedhof nicht verbieten darf, wenn sie nach Recht und Ortsbrauch Bestandteile des Bestattungsaktes sind. Reichsgericht in Zivils. v. 1. Febr. 1906 (Entsch. Bd. 62, S. 355). — Vgl. auch Reichsgericht in Zivils. v. 15. April 1909 (Entsch. Bd. 71, S. 21: dem Anspruch auf Ausgrabung einer Leiche darf der Friedhofeigentümer nicht durch Berufung auf sein Eigentumsrecht entgegentreten).

Soweit die Vorschriften über die Benutzung der einzelnen zum Verwaltungsvermögen gehörenden Sachen nicht vom Gesetze selbst gegeben worden sind, müssen sie von der Behörde des Verwaltungszweiges erlassen werden, dem die Sache dient. Die Behörde nimmt damit keinen Akt der Eigentumsverwaltung vor; sie stellt eine öffentlichrechtliche Benutzungsordnung auf.[5] Daher gehören alle Streitigkeiten über die Benutzung solcher Sachen vor die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte, nicht vor die Zivilgerichte; sie sind keine bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.[6]

Die Kontrolle über die bestimmungsgemäße Verwendung des Verwaltungsvermögens der Gemeinden ist Aufgabe der Staatsaufsicht. Der Staat übt sie durch Gesetzgebung und Verwaltung aus. Es sei erinnert an die Bestimmungen einzelner Landesgesetze, welche die Benutzung des Friedhofes der einen Konfession auch der andersgläubigen Minorität gestattet, sofern an dem Orte kein anderer öffentlicher Friedhof vorhanden ist;[7]

---

[5] Vgl. oben § 5. Unrichtig: Entsch. des preuß. OVG. Bd. 51, S. 201.

[6] Betr. Klagen auf Einräumung eines Grabes: Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 59. Entscheidungen des Preuß. OVG. XXI 124. Im Gegensatz zu dieser Auffassung öffnet die reichsgerichtliche Judikatur für Klagen auf Einräumung eines Grabes den Rechtsweg. So hat das Urt. des RG. vom 4. Dez. 1884 (Entsch. Bd. 12, S. 280) für die Beurteilung der Klage eines Vaters, mit der dieser die Gestattung des ehrlichen Begräbnisses für seinen im Duell gefallenen Sohn verlangte, die Zivilgerichte für zuständig erklärt. Vgl. auch die Judikatur bei Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts I S. 162—163.

[7] Vgl. z. B. Preuß. ALR. II 11 § 189: „Auch die im Staat aufgenommenen Kirchengesellschaften der verschiedenen Religionsparteien dürfen einander wechselweise in Ermangelung eigener Kirchhöfe das Begräbnis nicht versagen." Entscheidungen des Preuß. OVG. Bd. 56, S. 258. Ebenso Bayr. Religionsedikt (2. Verfassungsbeilage) von 1818, § 100: „Wenn ein Religionsteil keinen eigenen Kirchhof besitzt . . . ., so ist der im Orte befindliche als ein gemeinschaftlicher Begräbnisplatz für sämtliche Einwohner des Orts zu betrachten, für dessen Anlage und Unterhaltung aber auch sämtliche Religionsverwandte verhältnismäßig beitragen müssen." Bayr. VGH. v. 11. Febr. 1903 (Samml. v. Entsch. des bayr. VGH. XXIV, S. 364). Friedberg, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 536. Sägmüller, Katholisches Kirchenrecht[2] S. 512. Für die Schweiz: Bundesverfassung, Art. 53, Abs. 2: „Die Verfügung über die Begräbnisplätze steht den bürgerlichen Behörden zu. Sie haben dafür zu sorgen,

oder an die staatlichen Vorschriften, welche den bürgerlichen Behörden den Gebrauch der im Eigentum einer Kirchengemeinde stehenden Kirchenglocken zu bürgerlichen Zwecken (z. B. bei Feuers- und Wassergefahr) einräumen,[8] oder endlich an die Verfügungen staatlicher Behörden über den Simultangebrauch der Kirchengebäude.[9]

II. Diejenigen Objekte des Verwaltungsvermögens, die bestimmungsgemäß der allgemeinen Benutzung zugänglich sind, bilden regelmäßig Bestandteile einer öffentlichen Anstalt; ihre Benutzung geht dann auf in der Anstaltsbenutzung (s. oben, § 18).[10]

Aber es gibt öffentliche Sachen dieser Art, die einen unmittelbaren Gebrauch kraft Sondernutzungsrechtes zulassen.

---

daß jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann." v. Salis, Bundesrecht III, S. 118—152. Walter Burckhardt, Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung, S. 536.

[8] Über die Benutzung der Glocken der Kirchengemeinde für die Zwecke der Zivilgemeinde. v. Kirchenheim, Kirchenrecht [2] S. 75. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 379. — In der Schweiz können, gemäß Bundesverfassung, Art. 53, die bürgerl. Behörden die Kirchenglocken einer Kirchgemeinde läuten lassen, wenn an dem betreffenden Orte das Glockenläuten als Bestandteil einer schicklichen, also auch zivilen, Beerdigung gilt. v. Salis, Bundesrecht III Nr. 1062, 1063, 1070, 1073 (insbes. S. 141 daselbst), 1076. Burckhardt, Kommentar d. Schweiz. Bundesverfassung S. 539. Friedberg, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 590.

[9] Hinschius, Kirchenrecht IV §§ 218—220. Kahl, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, Bd. I, 1894, S. 405. Sehling, Über kirchliche Simultanverhältnisse (Archiv für öffentl. Recht, Bd. VII). Friedberg, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 587—588. v. Kirchenheim, Kirchenrecht [2] S. 260. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 180.

[10] Bei der Aufstellung der „Benutzungsbedingungen" kann lokalen Anschauungen und historischen Überlieferungen ein Einfluß gestattet sein. Am deutlichsten wird er bemerkbar in den lokalen Friedhofordnungen politischer Gemeinden, welche verfügen, es seien Selbstmörder außer der Reihe zu begraben, oder welche die Benutzung der Leichenhalle Nichtchristen versagen. Die deutsche Praxis schützt derartige Vorschriften. Entscheidungen des Preuß. OVG. XXI S. 124. Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 595. Die schweizerische Rechtsauffassung erklärt solche Unterschiede für unzulässig. v. Salis, Schweiz. Bundesrecht III Nr. 1065, 1070, 1071.

Kirchenstuhlvorrechte[11] und Vorrechte auf bestimmte Grabstätten[12] veranschaulichen die Erscheinung. Nach älterer Lehre konnte ein Vorrecht auf einen besonderen Sitz in der Kirche („Kirchensitz", „Kirchenort", „Kirchenstand") und das Vorrecht auf eine Grabstelle außerhalb der allgemeinen Reihe (Grabkonzession, Erbbegräbnis) nur als Privatrecht begründet werden. Man faßte demgemäß derartige Rechtsame als dingliche Rechte am Kirchengebäude oder am Begräbnisplatze (iura in re aliena) auf. In vielen Gegenden Deutschlands ragen diese Gebilde als „wohlerworbene Privatrechte" in die Gegenwart herein.[13] Mit dem Verwaltungsrechte unsrer Tage ist jedoch die privatrechtliche Anschauung, in der sie wurzeln, nicht mehr verträglich. Heute ist die öffentliche Gewalt zur Begründung von derartigen Sondernutzungsrechten nur befugt, wenn das Gesetz sie ausdrücklich dazu ermächtigt. Denn das Sonderrecht enthält einen Einbruch in die allgemeine Benutzungsordnung.[14] Hier zeigt sich wiederum die öffentlichrechtliche Gebundenheit der Sache. Heute werden derartige Sonderrechte durch einseitige Verleihung begründet. Der Beliehene erwirbt ein subjektives öffentliches Recht gegen den Träger der Kirchen- oder der Friedhofpolizei auf Einräumung eines Vorzugssitzes oder Vorzugsgrabes. Er erwirbt somit nicht ein Recht auf einen bestimmten

---

[11] EG. z. BGB., Art. 133. Friedberg, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 588 und die dort zitierte Literatur. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 379, 382. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 180. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 197. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts I S. 168ff.

[12] Götze, Zur Lehre von den Begräbnisplätzen (Preuß. Verw.Bl. XXXII S. 125). Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 197. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des RG. I S. 163, 164. Hans Göz, Die Befugnis zur Benutzung von Grabstellen auf öffentlichen Begräbnisplätzen, Heidelberger Dissertation 1911.

[13] Biermann, Privatrecht und Polizei in Preußen, 1907, S. 206. Reger III 216, XXI 349. Reichsgericht in Zivils. Bd. 8, S. 200; Bd. 16, S. 159. Die verschiedenen Konstruktionen der Kirchenstuhlvorrechte und Grabstellenrechte: Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 180—181. Soergel, II S. 747, Nr. 681. Bayr. VGH. v. S. April 1904 (Samml. v. Entsch. des bayr. VGH. XXV S. 278).

[14] Daher fallen die Grabgebühren nicht dem Eigentümer des Friedhofareals als solchem zu, sondern der Behörde, der das öffentliche Recht die Friedhofverwaltung übertragen hat. Fleiner, Die Befugnis zum Bezug von Grabtaxen, Rechtsgutachten, 1909.

Raum eines bestimmten Kirchengebäudes oder eines bestimmten Friedhofes, sondern einen Rechtsanspruch darauf, daß ihm die zuständige Behörde während der ganzen Frist, für die das Recht verliehen ist, auf dem allgemeinen Begräbnisplatz oder in dem dem Gottesdienst der bestimmten Konfession gewidmeten Kirchengebäude ein Vorzugsgrab oder einen Vorzugssitz zur Verfügung halte. Daher erlischt das Recht nicht durch Zerstörung des Kirchengebäudes oder Einziehung des Begräbnisplatzes.[15] Ob die Berechtigten bei einer durch das öffentliche Interesse bedingten vorzeitigen Aufhebung derartiger Sonderrechte Schadenersatz verlangen können, beurteilt sich nach den Grundsätzen über öffentlichrechtliche Entschädigung (oben § 17).[16]

§ 22. Sachen im Gemeingebrauch.[1]

I. Zu den Sachen im Gemeingebrauch zählen wir alle Objekte, die von jedermann ohne besondere Erlaubnis der Behörde frei benutzt werden dürfen.

1. In erster Linie gehören dazu öffentliche Wege, Straßen und Plätze.[2] Durch Sätze des öffentlichen Rechts ist ihnen die Zweckbestimmung aufgeprägt, dem öffentlichen Verkehr zu dienen. Der „gemeine Gebrauch" an ihnen besteht in der Benutzung zu Verkehrszwecken. Aus der alten Lehre vom „Straßenregal" (oben S. 320) hat das moderne Verwaltungsrecht die Auffassung übernommen, es sei ein Vorrecht der Obrigkeit, dem Verkehr die Richtung zu weisen („Wegehoheit"). Daher ruht in der

---

[15] Gut, wenn auch aus einer privatrechtlichen Auffassung heraus: Urt. des Reichsgerichts in Zivils. v. 29. Nov. 1889 (Entsch. Bd. 24, S. 174).

[16] Reichsgericht in Zivils. Bd. 16, S. 160. Entsch. des Schweiz. Bundesger. Bd. 31 (1905) Teil I, S. 19. — Zu untersuchen wird dabei stets auch die Frage sein, ob das Recht auf einen Kirchenstuhl ein zum Vermögen gehörendes Recht darstellt. Vgl. dazu v. Tuhr, Allg. Teil d. Bürgerl. Rechts I S. 315.

[1] Siehe die Literaturangaben oben bei § 20.

[2] Georg Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht[3] S. 237 ff. gibt eine Zusammenstellung der Gesetzgebung und Literatur. Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl., I, 1907. Hawelka, Die Rechte an öffentlichen Wegen in Österreich, 1910 (u. dazu die Kritik von Layer im Verwaltungsarchiv XIX 517). C. v. Haebler, Das Wegerecht im Königreich Sachsen 1913.

Gegenwart die Pflicht, die durch den öffentlichen Verkehr geforderten Wege herzustellen, in erster Linie auf dem Staat oder anderen Korporationen des öffentlichen Rechts (Gemeinden, öffentlichrechtlichen Verbänden); der Private bedarf zur Anlegung eines öffentlichen Weges einer von der öffentlichen Behörde erteilten Konzession (oben § 19).

„Öffentlichkeit" im Rechtssinne kann ein Weg nur dadurch erlangen, daß die zuständigen öffentlichen Organe ihn dem öffentlichen Verkehre widmen,[3] und andrerseits verliert ein Weg den Charakter der Öffentlichkeit nur durch die von den zuständigen Organen verfügte Einziehung (Kassierung), d. h. die Aufhebung des Gemeingebrauchs. Daß das Publikum einen Weg als Verkehrsweg tatsächlich benutzt, stempelt ihn noch nicht zu einem öffentlichen Weg; ebensowenig verliert ein von der Behörde dem Gemeingebrauche gewidmeter Weg diese Eigenschaft, wenn der Verkehr sich von ihm abwendet.[4] Da die Öffentlichkeit ausschließlich auf einem öffentlichrechtlichen Akte, der Widmung, beruht, so kann ferner der öffentliche Weg durch keinen privatrechtlichen Akt seiner Aufgabe entzogen werden (also z. B. nicht durch die rei vindicatio des Eigentümers des Wegeareals).[5] Auf der andern Seite darf aber, gemäß dem Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, die Verwaltungsbehörde kein privates Grundeigentum zu einem öffentlichen Weg ziehen, über das sie nicht die privatrechtliche Verfügungsgewalt (Eigentum oder ein anderes dingliches Recht) erworben hat. Einzelne Gesetze, z. B. das bayrische und das rheinisch-französische Recht, halten sogar eine Widmung nur für rechtsgültig, wenn die widmende Behörde auch die privatrechtliche Verfügungsmacht über das Wegeareal besitzt.[6] In keinem Staate aber braucht diese Verfügungsmacht auf zivilrechtlichem Eigentum an dem Wegeareal zu beruhen. Es kann

---

[3] Preuß. OVG. v. 3. Febr. 1891 (Entsch. Bd. 20, S. 215). S. ferner DJZ. XVI 222, 1222, 1561. Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 598. Kgl. Sächs. OVG. v. 6. Juli 1907 (Jahrb. XI S. 104); v. 30. November 1911 betr. stillschweigende Widmung (Jahrbuch XVI 302).

[4] Soergel, I S. 609, Nr. 12.

[5] Schultzenstein, Hypothek und Wegerecht (DJZ. XVI 1523).

[6] Bayr. VGH. v. 11. Juni 1897, 8. Febr. 1901 (Samml. v. Entsch. des bayr. VGH. XVIII S. 325, XXII S. 85). Soergel, I S. 96, Nr. 11; S. 474; II S. 109. Germershausen, Wegerecht in Preußen, I S. 11.

mit Einwilligung des betroffenen Grundeigentümers auch über ein Privatgrundstück ein öffentlicher Weg eröffnet werden.[7] Eine derartige sog. öffentlichrechtliche Wegeservitut entsteht nicht schon dadurch, daß der Eigentümer das Publikum über sein Grundstück gehen läßt, denn eine solche Duldung ist jederzeit widerruflich. Auch eine Ersitzung des „öffentlichen Wegerechts" ist ausgeschlossen; denn die öffentlichrechtliche Wegeservitut hat mit einer privatrechtlichen Dienstbarkeit nur den Namen gemein, und eine ununterbrochene Inanspruchnahme eines Privatgrundstücks für den öffentlichen Verkehr könnte höchstens eine Beweisvermutung abgeben.[8] Alles hängt auch hier davon ab, ob der Weg über das Privatgrundstück von der zuständigen Behörde dem öffentlichen Verkehr gewidmet worden ist.[9] — Aus diesen Erörterungen aber folgt weiter, daß ein Streit über die Öffentlichkeit eines Weges Verwaltungs- und Verwaltungsstreitsache, nicht aber Justizsache ist.[10]

Die verschiedenen Kategorien öffentlicher Wege (Ortsstraßen, Landstraßen, Kreisstraßen usf.) sollen hier im einzelnen nicht erörtert werden.[11] Eine erhöhte juristische Bedeutung kommt unter ihnen den Ortsstraßen zu, weil sie nicht bloß eine Rolle als Verkehrswege spielen, sondern weil darüber hinaus von ihrer Existenz und Richtung die Bebauungsmöglichkeit ganzer Quartiere ab-

---

[7] Eiswege über Privatgewässer: Entscheidungen des Preuß. OVG. Bd. 56, S. 363.

[8] Rechtsprechung d. Bad. Verw.-GH. III Nr. 350, 352. K. Sächs. OVG. 26. April 1911 (Jahrbücher XVII 199); Reichsger. i. Civils. 9. Mai 1911 (Reger XXXII 392). Andrer Ansicht: Bayr. OLG. i. Strafs. 2. Juli 1912 (Reger XXXIII 113); Schultzenstein im Preuß. Verw. Bl. XXXIV 765.

[9] Otto Mayer, II § 40. Soergel, I S. 83, Nr. 6; S. 609, Nr. 12; S. 631. Sächs. OVG. v. 18. März 1903 (Jahrbücher IV S. 185).

[10] Vgl. oben S. 19ff. Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 696. Soergel, I S. 417. Rechtsprechung des Bad. Verw.-GH. III Nr. 14. — Doch kann der Zivil- und Strafrichter in die Lage kommen, über die Öffentlichkeit eines Weges incidenter (als Vorfrage) entscheiden zu müssen. Urteil des bayr. obersten Landesgerichts v. 25. Febr. 1908 (Reger XXIX S. 106). Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 230. Vgl. auch oben S. 20.

[11] Schultzenstein, Zum Begriffe der Straße (Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 397).

hängt.[12] Aus diesem Grunde hat nach der Gesetzgebung der meisten deutschen Staaten vor der Anlegung jeder neuen Ortsstraße die zuständige Gemeindebehörde durch die Feststellung von sog. Straßenfluchtlinien Richtung und räumliche Ausdehnung der zukünftigen Straße zu bestimmen und durch Aufstellung von sog. Baufluchtlinien anzuordnen,[13] wie weit gegen die Straße zu die Anliegergrundstücke überbaut werden dürfen.[14] Für ganze Gemeinden oder Gemeindequartiere können diese Linien allgemein und verbindlich für jedermann in den Bebauungsplänen (Ortsbauplänen) festgelegt werden.[15]

Wie bereits hervorgehoben wurde, ist die Wegebaulast[16] in der Regel einem öffentlichrechtlichen Verbande (Staat, Gemeinde usw.) übertragen. Sie begreift regelmäßig auch die Pflicht zur bestimmungsgemäßen Unterhaltung der Straße in sich (Wegeunterhalt). Doch kann die Gesetzgebung die Wegebaulast und

---

[12] Die Unentbehrlichkeit der öffentlichen Wege (nicht nur der Ortsstraßen) für die Privatgrundstücke findet ihren Ausdruck in der Vorschrift des BGB., § 917, über den Notweg. Endemann, Notweg und öffentlicher Weg (Festgabe Otto Gierke dargebracht von Schülern usf., 1911, S. 951).

[13] Walz im Verwaltungsarchiv XIV S. 377ff. Vgl. z. B. das Preuß. „Fluchtliniengesetz" vom 2. Juli 1875 (Gesetz betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen); Kommentare von Friedrichs-v. Strauß u. Torney[5] 1905 (und dazu die soeben zitierte Erörterung von Walz) und von Saran, 1911. Bad. Ortsstraßengesetz vom 15. Okt. 1908. Vgl. ferner die Artikel „Bauwesen" im WB d. VerwR[2] I 308 und Art. „Baupolizei" (E. Loening) im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, II[3] S. 712.

[14] Im Zweifel besagen die Vorschriften der Straßengesetze über die Baufluchten, daß über die Baufluchten nicht hinausgebaut werden darf; sie lassen somit ein Bauen hinter der Bauflucht zu. Ein Bauen in der Baufluchtlinie kann daher nur auf Grund einer besondern baupolizeilichen Bestimmung verlangt werden. Preuß. OVG. v. 18. Oktob. 1907 (Entsch. Bd. 50, S. 396). S. auch Preuß. OVG. 4. Juli 1911 (Preuß. Verw. Bl. XXXIII 454). Vgl. auch unten § 23.

[15] Besonders interessant die Staffelbauordnung für Bremen v. 1909/10: Art und Dichtigkeit der Bebauung ist nach Baustaffeln abzustufen und durch einen Plan zu regeln (Staffelbauplan).

[16] v. Reitzenstein, Art. „Wegebau und Wegebaupflicht" in v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts II S. 888. Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 34, 231. Hans Hoffmann, Wegebaulast in Pommern (Tübinger staatswissenschaftliche Dissertation, 1907).

den Wegeunterhalt — neben dem ursprünglich Verpflichteten oder an dessen Stelle — anderen an der Errichtung und Instandhaltung öffentlicher Wege unmittelbar interessierten Verbänden oder Privatpersonen ganz oder teilweise überbinden.[17] Die neuere Gesetzgebung hat in besonderem Maße den Anliegern der Ortsstraßen Lasten dieser Art auferlegt: Bauverbote zu Gunsten projektierter Straßen,[18] Anliegerbeiträge (Adjazentenbeiträge),[19] Straßen- oder Trottoirreinigungspflicht[20] u. a. m. Aber auch im Interesse andrer Wege kann das Gesetz den Personen, welche die Wege vorzugsweise durch ihre Betriebe abnutzen, sog. Wegevorausleistungen (Präzipuallasten) aufbürden.[21]

---

[17] Das Preuß. Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege vom 1. Juli 1912 (Jahrb. d. öff. R. VII 144; Kommentar von S. Hecht 1913²). überträgt (§ 1) grundsätzlich die polizeigemäße Reinigung usf. öffentlicher Wege als öffentliche polizeiliche Last derjenigen Gemeinde, zu deren Bezirk der Weg gehört. Gerike, im Preuß. Verw. Bl. XXXIV 358.

[18] Z. B.: Badisches Ortsstraßenges. § 6: „Erscheint die Feststellung oder Änderung von Ortsstraßenplänen angezeigt, so kann die Baupolizeibehörde auf Antrag des Gemeinderats die Bausperre über das Plangebiet verhängen. — Die Bausperre hat die Wirkung, daß bis zur endgültigen Erledigung des einzuleitenden Verfahrens Neubauten sowie der Um- und Ausbau bestehender Gebäude und deren Wiederaufbau nicht genehmigt werden . . . .“

[19] Vgl. unten § 26. Fleiner, Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung, S. 100 (Festgabe der juristischen Fakultät Basel für Andreas Heusler, 1904). Über Anliegerbeiträge in der Schweiz: Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung XII S. 140.

[20] Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 74. Jebens. Die Straßenreinigungslast (Verwaltungsrechtl. Aufsätze, 1899, S. 209). Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 76, S. 164. Schultzenstein, Die Streupflicht der Anlieger („Gesetz und Recht“, 1912). Das Preuß. Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1912, § 5, gestattet, daß ein unter polizeilicher Zustimmung zu erlassendes Ortsstatut die Reinigungspflicht ganz oder teilweise den Eigentümern der angrenzenden Grundstücke oder einzelner Klassen von ihnen auferlegt.

[21] Z. B.: Preuß. Gesetz betr. die Vorausleistungen zum Wegebau, v. 18. Aug. 1902, § 1: „Wird ein öffentlicher Weg oder eine Brücke, welche eine selbständige Verkehrsanlage bildet, infolge der Anlegung von Fabriken, Bergwerken, Steinbrüchen, Ziegeleien oder ähnlichen Unternehmungen vorübergehend, oder durch deren Betrieb dauernd, in erheblichem Maße abgenutzt, so kann auf Antrag derjenigen, deren Unterhaltungslast dadurch vermehrt wird, dem Unternehmer nach Verhältnis dieser Mehr-

Ist ein Weg dem öffentlichen Verkehr übergeben, so haben die Organe der sog. Wegepolizei darüber zu wachen, daß sich das Wegeareal stets in einem Zustand befindet, der den Gemeingebrauch erlaubt, und daß die gute Ordnung auf den Straßen nicht gestört wird. Sie sind verpflichtet, Störungen nach diesen beiden Richtungen mit den Mitteln des Verwaltungszwanges zu beseitigen.[22]

2. Die öffentlichen Gewässer (Flüsse, Seen, öffentliche Kanäle) bieten vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit dem Gemeingebrauch einen weiten Spielraum.[23] Als „öffentlich" im w. S. können die Wasserläufe gelten, die einen ständig fließen-

---

belastung, wenn und insoweit sie nicht durch die Erhebung von Chaussee-, Wege-, Pflaster- oder Brückengeld gedeckt wird, ein angemessener Beitrag zu der Unterhaltung des betreffenden Weges auferlegt werden." Ebenso Bad. Straßengesetz v. 14. Juni 1884, § 9. Koburgisches Gesetz betr. Vorausleistungen zum Wegebau v. 22. Mai 1912.

[22] Daher unterstellt die Reichsgewerbeordnung, § 37. die Regelung des sog. Straßengewerbes der Ortspolizeibehörde. Die Verwaltungsbehörden nehmen mit dieser Tätigkeit eine Aufgabe der Anstaltspolizei wahr (vgl. oben § 18). Sie haben alles abzuwehren, was den bestimmungsgemäßen Gebrauch der öffentlichen Sache stören könnte. Thoma, Polizeibefehl I S. 373.

[23] Zum Folgenden sind insbes. zu vergleichen die neuen Wassergesetze des Großherzogtums Baden. 1899/1913 (Kommentare von Schenkel, 2. Aufl. 1902 und von Wiener, 1913); des Königreichs Württemberg. 1900 (Kommentar von Nieder, 1902); des Königreichs Bayern. 1907 (Kommentare von Eymann, 1908 und von G. Brenner, 1908; Seydel-Graßmann, Bayer. Verwaltungsrecht S. 329ff.); des Königreichs Sachsen. 1909 (Kommentar von Walter Schelcher, 1910); des Königreichs Preußen v. 7. April 1913 (Kommentare von Hermes, von Kloeß, von Wulff u. Herold u. a.; s. auch Bitta in der DJZ. XVIII 438; Kloeß, Grundriß des Preuß. Wasserrechts, 1913). Kloeß, Das deutsche Wasserrecht. 1908. W. Moll, Zum Rechte an öffentlichen Wasserläufen (Verwaltungsarchiv XVI S. 252). Handwörterbuch der Staatswissenschaften IV³ S. 836, Artikel „Gewässer" von Stoerk und E. Loening. WB d. VerwR² Art. „Flüsse" (Otto Mayer) I 814; Art. „Gewässer" (Hermes, Holtz, Kloeß) II 230, 234; Art. „Kanäle" (O. Mayer, Apel, Fleischmann) II 487. Eugen Huber, Die Gestaltung des Wasserrechts im künftigen schweizerischen Rechte (Zeitschr. f. Schweiz. Recht, n. F., XIX, 1900, S. 503). Max Huber, Die Wasserrechte nach dem Entwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft XII).

den Abfluß besitzen.[24] Einem engern Sprachgebrauch haben sich die Gesetzgebungen angeschlossen, die die Bezeichnung „öffentliche Gewässer" nur den mit großen Schiffen oder Flößen befahrbaren Gewässern vorbehalten (Bayern, Baden usf.).[25]

Die fließende Wasserwelle selbst ist des Eigentumes unfähig; ihre Benutzung untersteht daher ausschließlich öffentlichrechtlichen Regeln. Dagegen ist ein privatrechtliches Eigentum am Flußbett nach den meisten Gesetzgebungen anerkannt (vgl. oben § 20).[26] Aus diesem Eigentum geht im Zweifel die Pflicht zur Instandhaltung des Flußbettes hervor. Doch haben nicht wenige deutsche Wassergesetze diese Unterhaltungspflicht dem Eigentümer abgenommen und sie den wirtschaftlich Nächstbeteiligten aufgebürdet (Staat, Ufergemeinden, Genossenschaften der Flußanlieger usf.).

Die neuern Gesetze sind darauf bedacht, die wirtschaftliche Ausnutzung der öffentlichen Gewässer zu fördern. Sie gehen von dem Satze aus, daß durch keine Art der Wasserbenutzung der Gemeingebrauch wesentlich beeinträchigt oder gar aufgehoben werden dürfe.[26a] Um diesen aber auch nicht tatsächlich

---

[24] Den Gegensatz zu den öffentlichen Wasserläufen i. e. S. bilden die sog. Privatgewässer (Eigentumsgewässer). Bad. Wassergesetz § 4, Sächs. Wassergesetz § 4. Sie gehören den Ufereigentümern. — Infolge Versandens kann ein Fluß die Eigenschaft eines öffentlichen Wasserlaufs verlieren. Reichsger. i. Civils. 16. April, 1913 (DJZ. XVIII 978).

[25] Badisches Wassergesetz § 1. Bayer. Wassergesetz, Art. 1. Das Preuß. Wassergesetz v. 1913 § 2 unterscheidet Wasserläufe erster, zweiter, dritter Ordnung und stuft die Benutzungsmöglichkeiten nach diesen Rangklassen ab. So können Wasserläufe erster Ordnung von Jedermann zur Schiffahrt und Flößerei mit verbundenen Hölzern benutzt werden (§ 26).

[26] Im Allgemeinen kommt nach den deutschen Wassergesetzen das Eigentum an den schiffbaren öffentlichen Flüssen dem Staate zu, an den nicht schiffbaren den Gemeinden oder den Anliegern. Bad. Wassergesetz § 5, 23. Am weitesten geht das Preuß. Wassergesetz v. 1913 §§ 7, 8; es spricht dem Staat (Wasserläufe erster Ordnung) oder den Anliegern (Wasserläufe zweiter Ordnung) das privatrechtliche Eigentum nicht nur am Flußbett, sondern auch an dem im Flußbett vorhandenen Wasser zu. Moll, im Preuß. Verw. Bl. XXXIV 37; Kloeß, Preuß. Wasserrecht S. 9f., 54ff.).

[26a] Preuß. Wassergesetz § 87f. sieht ein Ausgleichungsverfahren zwischen den Interessenten vor. Badisches Wassergesetz § 14, 42, 48.

zum Monopol der Flußanlieger werden zu lassen,[27] hat das Recht einer Reihe deutscher Staaten den abseits vom öffentlichen Flusse Wohnenden „Zwangsbefugnisse" verliehen, die ihnen gestatten, zur Errichtung gewisser Wasserbenutzungsanlagen die vorgelagerten Grundstücke nach bestimmten Richtungen in Anspruch zu nehmen.[28] Aus demselben Bestreben heraus hat die neuere Gesetzgebung Wassergenossenschaften,[29] die sich zur Errichtung von Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen u. a. m. nach Vorschrift des Gesetzes bilden, öffentlichrechtliche Privilegien verliehen, durch welche diese Genossenschaften in den Stand gesetzt werden, ihre Aufgaben mit Zwangsgewalt durchzuführen. Der Gesetzgeber hat aber andrerseits auch private Eigentumsgewässer (Heilquellen, Trinkwasserquellen usf.) unter einen besonderen staatlichen Schutz und unter eine besondere behördliche Aufsicht gestellt, um sie von Staatswegen ihrer gemeinnützigen Aufgabe zu erhalten.[30]

---

[27] Auf Grund des Reichsrechts haben die Nichtanlieger keinen Notweg über Privatgrundstücke zum öffentlichen Fluß, wie sie einen solchen nach BGB. § 917 zum öffentlichen Weg besitzen. Vgl. oben Anm. 12.

[28] Württemberg. Wassergesetz, Art. 54ff. (Göz, Württemberg. Staatsrecht S. 422). Bayer. Wassergesetz, Art. 157ff.; Sächs. Wassergesetz §§ 151ff. Bad. Wassergesetz §§ 25ff.; Preuß. Wassergesetz §§ 330ff.

[29] Bad. Wassergesetz §§ 58ff. Württemberg. Wassergesetz Art. 67ff. Bayer. Wassergesetz, Art. 110ff. Sächs. Wassergesetz §§ 99ff. Preuß. Wassergesetz §§ 206ff. S. oben § 7.

[30] Preußisches Quellenschutzgesetz v. 14. Mai 1908 (vgl den Text des Gesetzes und die Erörterungen von Anschütz im Jahrb. des öffentl. Rechts Bd. III S. 459). Sächs. Wassergesetz §§ 54ff. E. Loening, Art. „Quellenschutz", im Handwörterbuch der Staatswissenschaften VI³ S. 1265. Eine sehr eingehende Regelung hat das Quellenrecht gefunden im Schweiz. Zivilgesetzbuch, Art. 704—712. Vgl. dazu Carl Wieland, Das Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs, S. 166ff. — Besondere Schwierigkeit hat dem Gesetzgeber überall die Beantwortung der Frage bereitet, ob und wieweit eine Gemeinde oder der Staat im öffentlichen Interesse einem Eigentümer die Ableitung einer Quelle aus dem Gemeindebezirk oder dem Staatsgebiet verbieten darf. Den Erlaß eines derartigen behördlichen Verbots gestatten das Württemberg. Wassergesetz, Art. 3, Bad. Wassergesetz § 56 und das Schweiz. Zivilgesetzbuch, Art. 705; das Preuß. Wassergesetz § 204 gestattet die Fortleitung allgemein nur auf Grund einer polizeilichen Genehmigung. — Eine Zwangsenteignung von Quellen zum Zwecke der Versorgung von Ortschaften mit Trink- und Nutzwasser verbietet ausdrücklich das sächs. Wassergesetz § 150 (Schelcher, Kommentar II S. 334ff.). Beschränkt

II. Die Sachen im Gemeingebrauch unterliegen ihrer Bestimmung gemäß der Benutzung aller Gebietsangehörigen und zwar nach folgenden Grundsätzen.

1. Der Gemeingebrauch[31] stellt die eigentliche Zweckbestimmung dieser Sachen dar. Der Gemeingebrauch ist eine rechtliche Eigenschaft dieser Objekte.[32] Jeder, der im Staatsgebiet zugelassen ist, besitzt die Möglichkeit, diese Eigenschaft nach seinem Belieben für seine individuellen Zwecke zu benutzen, soweit dies ohne Beeinträchtigung andrer geschehen kann. Der Anspruch auf Zulassung zum Gemeingebrauch hat in Deutschland im allgemeinen nicht die Natur eines subjektiven Rechts.[33] Er ist nichts anderes, als der auf ein konkretes Objekt gerichtete allgemeine Anspruch der Gebietsangehörigen, zu den der allgemeinen Benutzung unterliegenden öffentlichen Einrichtungen zugelassen zu werden und deren Eigenschaften im individuellen Interesse gebrauchen zu dürfen.

Der gemeine Gebrauch ist bei jeder Kategorie öffentlicher Sachen verschieden. Der gemeine Gebrauch öffentlicher Flüsse i. w. S. umfaßt regelmäßig: Waschen, Baden, Wasserschöpfen, Kahnfahrt, Schlittschuhlaufen, Tränken, bei schiffbaren Flüssen die Schiffahrt und Flößerei.[33a] Der gemeine Gebrauch öffentlicher Straßen, Meeresufer, Plätze geht in der Regel auf in der Benutzung zum Gehen, Fahren, Reiten usf.[34] Er erstreckt sich auch

---

zugelassen ist die Enteignung im Schweiz. Zivilgesetzbuch, Art. 711. Vgl. über die Frage die Rechtsgutachten von Eugen Huber, Paul Speiser, A. Hofstetter, in der Zeitschrift für Schweiz. Recht, n. F., XII (1893) S. 52, 482, 484.

[31] W. Schelcher, Kommentar z. Sächs. Wassergesetz II S. 68. Eymann, Bayer. Wassergesetz I S. 345.

[32] Ihering, Die passiven Wirkungen der Rechte (Jahrbücher für Dogmatik Bd. X).

[33] Biermann, Öffentliche Sachen, S. 44 und die dort zitierten Autoren. Andrer Ansicht Gierke, Deutsches Privatrecht, II S. 24—25.

[33a] Vossen Der Gemeingebrauch am Wasser, 1912. A. Mazza, Dei diritti sulle acque, 1913. Preuß. Wassergesetz §§ 25ff., Bad. Wassergesetz §§ 12, 15, 16.

[34] Am Meeresstrand fällt unter den Gemeingebrauch auch die Aufstellung von Strandkörben. Preuß. OVG. v. 18. Mai 1909 (Entsch. Bd. 54, S. 262). Der Gemeingebrauch erstreckt sich ferner auf die Jagd am Meeresstrand und auf den Fang von Muscheln (DJZ. XV 600, 771). Be-

auf die Luftsäule, die sich über der Straße, dem Flusse erhebt.[35] Aber er gewährt niemandem, auch dem Anlieger nicht, einen Anspruch auf ungehinderte Aussicht auf die Straße, nach dem See usf.[36]

Der Schutz des Gemeingebrauchs liegt der Polizei ob. Ihre Organe sind in den meisten deutschen Staaten mit der Kompetenz ausgestattet, ihres Amtes nicht bloß durch Erlaß von Einzelbefehlen zu walten, sondern auch durch Aufstellung von Polizeiverordnungen „zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen" (Reichsstrafgesetzbuch § 366, Ziff. 10).[37] Gegen Störungen oder Beeinträchtigungen des Gemeingebrauchs, mögen sie von Behörden oder Privaten ausgehen, stehen dem Einzelnen heute die allgemeinen Rechtsschutzmittel des Verwaltungsrechtes zu Gebote: Verwaltungsbeschwerde und Anrufung der Verwaltungsgerichte.[38] Sie haben die alten gemein-

dingt nach den örtlichen Verhältnissen und Gewohnheiten das Baden am Meeresufer die Benutzung eines Badekarrens, so hält sich auch die Aufstellung eines solchen innerhalb des Gemeingebrauchs. Preuß. OVG. 19. Februar 1898 (Entscheidungen Bd. 33, S. 450). Vgl. jedoch unten Anm. 46. Laue, Rechtsverhältnisse am Meeresstrand (Preuß. Verw. Bl. XXXIV 163). — Unter dem Normalmaß dagegen bleibt der Gemeingebrauch an den sog. beschränkt öffentlichen Wegen, die bestimmungsgemäß entweder nur zu einem bestimmten Zweck (Kirchwege, Totenwege) benutzt werden dürfen oder nur einem festumschriebenen Interessentenkreis (z. B. den Bewohnern eines abgelegenen Gehöftes) zur Verfügung stehen. Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 21. Sächs. OVG. v. 13. Sept. 1905, v. 16. Mai 1906 (Jahrbücher VIII S. 118; IX S. 35).

[35] Über den Gemeingebrauch hinaus geht aber das Ziehen von Leitungsdrähten durch den Luftraum und das Legen von Kabeln in den Straßenkörper. Preuß. OVG. 27. März 1911, 19. Januar 1911 (Entscheidungen Bd. 59, S. 305, 308). Bad. VGH. 24. Oktober 1911 (Ztsch. f. Bad. Verw. 1912, S. 28).

[36] Errichtet die zuständige Wegeverwaltungsbehörde auf einem Platz oder einer Straße eine Tribüne, ein Transformatorenhaus u.dgl., so kann sich der Anlieger weder mit Erfolg beschweren, noch Schadenersatz verlangen. Reichsgericht in Zivils. v. 5. Juli 1889 (Entsch. in Zivils. 24, S. 245); Kgl. Sächs. OVG. 5. Juli 1911 (Jahrbücher XVII 225). Germershausen, Wegerecht in Preußen I S. 158.

[37] Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch,[10] S. 632. Soergel, II S. 111. Bayer. Oberstes Landesgericht in Strafsachen v. 7. Nov. 1908 (Reger XXIX 595). Vgl. oben S. 78.

[38] S. oben §§ 14, 15.

rechtlichen Zivilklagen verdrängt.[39] Daneben bleibt die privatrechtliche Schadenersatzklage gegen den Privaten (BGB. § 823, Abs. 2) oder den Beamten (BGB. § 839) vorbehalten, der einen Dritten widerrechtlich im Gemeingebrauche gestört hat.[40]

Die Vorteile des Gemeingebrauchs fließen den einzelnen Gebietsangehörigen in ungleichem Maße zu. Nach dem normalen Lauf der Dinge nutzt sie der am stärksten, der an einem öffentlichen Verkehrsweg wohnt oder dort sein Geschäft betreibt. Für den Besitzer einer solchen Liegenschaft — man denke an den Ortsstraßenanlieger oder den Flußanlieger — bildet der Vorteil der Lage einen Bestandteil seines Vermögens. Dies hat zu der Annahme verleitet, dem Anlieger (Adjazent) ständen besondere subjektive Anliegerrechte gegen Staat oder Gemeinde zur Seite. Diese Auffassung ist zu verwerfen. Der Anlieger besitzt keine höheren Ansprüche auf den Gemeingebrauch, als jeder andere Ortseingesessene. Was ihn vor Andern auszeichnet ist lediglich ein tatsächliches Moment: die Lage seiner Liegenschaft. Diese setzt ihn in den Stand, den Gemeingebrauch intensiver zu nutzen, als es Andern möglich ist. Nicht das Recht, sondern das wirtschaftliche Interesse am Gemeingebrauch ist beim Anlieger größer, als bei den meisten seiner Mitbürger. Daraus folgt, daß der Anlieger keine besseren Ansprüche auf unveränderte Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs und der Gemeingebrauchssache besitzt, als der quivis ex populo[41], und daß eine Schadenersatzklage

[39] Andrer Ansicht ist die herrschende Meinung. Sie nimmt an, daß zu Gunsten der Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs an Flüssen die alten gemeinrechtlichen Interdikte (gemäß EG. z. BGB., Art. 65) in Geltung geblieben sind, nach denen der Private vom Privaten direkt Abstellung der Flußverunreinigung verlangen kann. Vgl. z. B. Biermann, Öffentliche Sachen, S. 41ff. Soergel, I S. 51, Nr. 3; II S. 55, Nr. 21; 75, Nr. 4. Reichsgericht in Zivils. Bd. 53, S. 384; 64, S. 249; 70, S. 102. Vgl. dazu die z. T. abweichenden Erörterungen von Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 26 (mit reichen Literaturangaben).

[40] Biermann, Öffentl. Sachen, S. 41ff. Oßwald, Rechtsverhältnisse an öffentl. Sachen, S. 66ff.

[41] Vgl. auch Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts XX (1894) S. 65; XXIX (1903) T. 2 S. 223. Von einem besondern „Anliegerrecht" ist auch noch in den neuesten reichsgerichtlichen Urteilen die Rede. Der Begründung eines solchen Rechts verleihen aber, nach dem Reichsgericht, „die Formen des öffentlichen Rechts ihre Bedeutung", daher hält das Reichsgerichtsurteil v. 2. Dezember 1908 das Landesrecht für zuständig

gegen Staat oder Gemeinde wegen Aufhebung oder Beschränkung des Gemeingebrauchs oder wegen einer Veränderung der Gemeingebrauchssache nur zum Ziele führt, wenn ein Rechtsatz die Ersatzpflicht ausdrücklich angeordnet hat. Vgl. darüber oben § 17, S. 288.[42]

2. Es gibt aber Benutzungsmöglichkeiten, die an sich nicht

---

und weist das Begehren eines Anliegers, es sei sein Recht auf Benutzung der öffentlichen Straße in das Grundbuch einzutragen, als unbegründet ab. (Reichsgericht in Zivils. 70, S. 77). Stritte, im Preuß. Verw. Bl. XXXIV 325. Vgl. auch G. Jèze, in der Revue du Droit public 1910, p. 695.

[42] Badisches Ortsstraßengesetz v. 1908 § 30, Abs. 3 und 4: „Wird eine Ortsstraße eingezogen oder in ihrer Höhe oder Richtung geändert, oder wird die Ausführung einer planmäßig festgestellten Ortsstraße aufgegeben oder nach Höhe Breite oder Richtung abweichend von dem Plane vollzogen, so ist die hierdurch verursachte Wertsminderung der vor der Bekanntgebung des bezüglichen Vorhabens an der abgeänderten Strecke der bestehenden oder geplanten Ortsstraße errichteten oder in Angriff genommenen Gebäude den Eigentümern von dem Straßenbaupflichtigen insoweit zu ersetzen, als die Wertsminderung und gegebenenfalls die neu hinzukommende Straßenkostenbeitragslast (§§ 22 bis 24) nicht durch eine als Folge der Straßenveränderung eintretende Wertserhöhung ausgeglichen ist. Außerdem hat der Straßenbaupflichtige, wenn die Höhe einer Ortsstraße verändert wird, die dadurch nötig werdenden Veränderungen an den Zufahrten und Zugängen der angrenzenden Grundstücke auf seine Kosten herzustellen; soweit durch die Veränderung der Wert des Grundstücks erhöht ist, hat der Eigentümer den der Wertserhöhung entsprechenden Teil der Herstellungskosten zu vergüten. Der Eigentümer kann, statt der Herstellung durch den Straßenbaupflichtigen, den Ersatz der zur Herstellung gemachten Aufwendungen abzüglich des Betrags der durch die Veränderung verursachten Wertserhöhung verlangen." — Badisches Wassergesetz v. 1899, § 8, Abs. 3: „Die Unternehmer (von Kunstbauten an oder in öffentlichen Flüssen) sind zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der den Anliegern durch Abschneiden der Ufergrundstücke vom Wasserlauf entstanden ist." — Ebenso gewährt die neue Bauordnung für Württemberg v. 28. Juni 1910, Art. 18, Schadenersatz den „Besitzern von Gebäuden, die schon vor Feststellung einer neuen Straßenhöhe an der richtig zu legenden Straße errichtet waren, in der seitherigen Benutzung ihrer Gebäude beeinträchtigt werden oder, um sie zu erhalten, zu baulichen Änderungen gezwungen sind. Bei der Feststellung der Entschädigung ist zu Gunsten der Gemeinde der Mehrwert in Berechnung zu nehmen, der durch die neue Einrichtung oder mit ihr in unmittelbarem Zusammenhang stehende Abänderungen des Ortsbauplans dem Grundstück zuwächst."

über den bestimmungsgemäßen Gebrauch der öffentlichen Sache hinausgehen, die aber doch eine gesteigerte Form der Benutzung darstellen: das Aufstellen von Baugerüsten und Marktbuden auf öffentlichen Straßen und Plätzen; die Benutzung der öffentlichen Straße für den Transport ungewöhnlich schwerer Gegenstände[42a]; das Anbringen von Schaukästen und Erkern, die in den Luftraum der öffentlichen Straße hineinragen;[43] das Einleiten von Fabrikabwässern in einen öffentlichen Fluß; das Entnehmen von Kies aus einem öffentlichen Fluß u. a. m. Man darf in solchen Fällen von einem gesteigerten Gemeingebrauch reden. Eine solche erhöhte Ausnutzung der öffentlichen Sache zu individuellen Zwecken ist jedoch nur möglich auf Grund einer polizeilichen Bewilligung.[44] Die Polizei darf im Allgemeinen die Erlaubnis nicht versagen,

---

[42a] Kgl. Sächs. OVG. 25. Februar 1911 (Jahrbücher XVII 4).

[43] S. auch oben S. 350. Die Gemeinde darf daher z. B. dort, wo ihr keine Ortspolizei übertragen ist, nicht unter Berufung auf ihr Eigentum am Wegeareal das Anbringen von polizeilich erlaubten Erkern verbieten, mit der Begründung, eine solche Art der Benutzung übersteige den von der Eigentümerin zu duldenden Gemeingebrauch. Walz, Badisches Ortsstraßenrecht S. 124. Baltz, Preußisches Baupolizeirecht S. 295. Germershausen, Wegerecht I S. 142. Kgl. Sächs. OVG. 8. Juni 1904 (Jahrbücher V S. 326); Soergel, I S. 52, Nr. 912; S. 610, Nr. 15; Reichsgericht in Zivils. Bd. 30, S. 246. Ein solches Verbietungsrecht geben dagegen der Eigentümerin des Straßenareals die bei Soergel, II S. 32, Nr. 903, erwähnten Urteile. S. ferner Badischer Verw.-GH. 24. Oktober 1911: Der Wegeigentümer muß um Erlaubnis angegangen werden, wenn Starkstromleitungen über öffentliche Wege hin angelegt werden sollen. (Bad. Zeitschr. für Verwaltung 1912, S. 28). Vgl. auch unten § 26 (Gebühr).

[44] Besonders klar durchgeführt im Sächs. Wassergesetz § 23. Dieses Gesetz ermöglicht eine besondere Benutzung der öffentlichen Gewässer über den Gemeingebrauch hinaus auf Grund einer einfachen Polizeierlaubnis (nur die Errichtung von Fähren an „Regalflüssen" bedarf besonderer Verleihung; Wassergesetz § 25) Schelcher, Sächs. Wassergesetz Bd. II, S. 82ff. Vgl. ferner Walz, Badisches Staatsrecht, S. 346. Preuß. Wassergesetz §§ 19—23. Badisches Wassergesetz § 16. — Die Grenze zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und der Sondernutzung ist schwankend und flüssig. Auch verschiebt sie sich von Staat zu Staat. So ist für die Errichtung einer Fähre in Württemberg lediglich eine Polizeierlaubnis nötig (gesteigerter Gemeingebrauch), im Königreich Sachsen dagegen eine echte Konzession (Sondernutzungsrecht). Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 64, S. 137.

wenn keine öffentlichen Interessen (Rücksichten des Verkehrs, der Hygiene, der Sicherheit u. a. m.) im Wege stehen. Erteilt sie die Bewilligung, so kann sie die „Bedingungen" beifügen, welche Schädigungen des Gemeingebrauchs vorbeugen sollen. Eine derartige polizeiliche Bewilligung stellt sich juristisch als Polizeierlaubnis in dem unten, § 24, zu besprechenden Sinne dar.

3. Endlich aber können an Sachen im Gemeingebrauch auch Sondernutzungsrechte bestellt werden.[44a] Als eine Sonderbenutzung erscheint jede Inanspruchnahme der öffentlichen Sache für individuelle Zwecke, die weder im allgemeinen, noch im gesteigerten Gemeingebrauch enthalten ist. Die Kompetenz der öffentlichen Behörden zur Verleihung von Sondernutzungsrechten kann aus alten iura regalia hergeleitet sein (Fischerei-, Flößerei-, Fähreregal u. dgl.),[45] oder darin ihren Grund haben, daß die Gesetze, welche den Gemeingebrauch garantieren, die Verwaltungsbehörden ermächtigen, einzelnen Personen eine Form der Benutzung zu gestatten, die eine dauernde Belastung der öffentlichen Sache (in verkehrstechnischem Sinne) nach sich zieht. Man denke an das Einbauen von Schienen und Kabeln in öffentliche Straßen, an die Errichtung von Straßenbahnmasten auf Trottoirs und von Wartehallen auf öffentlichen Plätzen, oder an die Errichtung von Badeunternehmungen am Meeresstrand auf Grund von sog. Badekonzessionen,[46] ferner an die Errichtung von Anlagen in öffentlichen Flüssen zur Ausnutzung der Wasser-

---

[44a] Zu ihrer Kundbarmachung dienen öffentliche Wasserrechtsbücher. Preuß. Wassergesetz §§ 182ff. Bad. Wassergesetz §§ 24ff.

[45] Vgl. oben § 19, S. 317. Das Einführungsgesetz zum BGB. behält der Landesgesetzgebung die Regelung der Flößerei, der Jagd, der Fischerei usf. ausdrücklich vor. Vgl. EG. z. BGB. Art. 65, 69, und dazu den Kommentar zum Einführungsgesetz von Niedner. S. ferner Dorner-Seng, Bad. Landesprivatrecht, § 74. — Eine Zusammenstellung der Fischereigesetze bei Georg Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht,[4] § 61. Giese, Art. „Fischerei" im WB d. VerwR[2] I 791. — Über die Flößerei: Stoerk-Loening, Art. „Flößerei" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl., Bd. IV, S. 369. Otto Mayer, Art. „Flößerei" im WB d. VerwR[2] I 812. Über das Jagdrecht vgl. die Art. „Jagd" von Stelling und von Gerstmeyer (Schutzgebiete) im WB d. VerwR[2] II 462. G. Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht[4] § 60.

[46] Preuß. OVG. 4. Juli 1911 (Entscheidungen Bd. 60, S. 286).

straße für private Zwecke (Stauwehre u. dgl.)[47] u. a. m. Das Sonderrecht wird durch einseitigen, hoheitlichen Akt der Behörde verliehen, welche mit der Polizei des Gemeingebrauchs betraut ist.[47a] Es liegt eine echte Konzession („Verleihung") vor.[48] Der Private erwirbt gegen den verleihenden Staat oder die verleihende Gemeinde ein, meist befristetes, subjektives öffentliches Recht auf die gesteigerte Sonderbenutzung der öffentlichen Sache, wie sie in der Konzessionsurkunde näher beschrieben ist.[49] Ein dingliches Recht an der Sache wird durch die Konzession nicht begründet. Die Zustimmung des privatrechtlichen Eigentümers der öffentlichen Sache oder der Unterhaltspflichtigen ist jedoch in den Fällen erforderlich, in denen durch die Ausübung des Sondernutzungsrechtes in die Substanz der Eigentumssache eingegriffen wird oder die Eigentümer- oder Unterhaltungspflichten eine Veränderung erfahren.[50] Die Gegenstände, die der Sondernutzungsberechtigte in die Straße

---

[47] Preuß. Wasserges. §§ 46ff. 81. Bad. Wassergesetz §§ 18, 40ff., 44 (Energie). Das Sonderrecht, auf dem die Stauanlage beruht, gilt regelmäßig als Bestandteil des Ufergrundstückes (BGB. § 96), für welches es begründet worden ist („öffentliches Realrecht"); Preuß. Wassergesetz § 46, Absatz 3. Badisches Wassergesetz § 50. — Solche Anlagen bedürfen überdies gewerbepolizeilicher Erlaubnis. Reichsgewerbeordnung § 23 und dazu Landmann, I[6] S. 214. Sarwey, Öffentl. Recht und Verwaltungsrechtspflege, S. 353ff. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 400ff. Wieland, Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs, S. 74.

[47a] Jahrbücher d. Kgl. Sächs. OVG. XVIII 107. — Man darf sich über die wahre Natur des Aktes nicht durch die häufig verwendete Bezeichnung „Konzessionsvertrag" irre machen lassen. Wenn derartige Konzessionen u. A. die „Bedingung" enthalten, daß z. B. die verleihende Stadtgemeinde nach einer bestimmten Zahl von Jahren das Unternehmen (Gaswerk u. dgl.) „zurückkaufen" dürfe, so liegt darin so wenig eine privatrechtliche Verfügung, wie in der Vereinbarung des Eisenbahnrückkaufs in einer staatlichen Eisenbahnkonzession (s. darüber oben S. 325). Daher bedürfen Konzessionsverträge mit derartigem Inhalt nicht etwa der notariellen Beurkundung im Sinne von BGB. § 313. Unrichtig: Reichsgericht i. Civilsachen 15. Oktober 1912 (Leipziger Ztsch. f. Handels-, Konkurs- u. Versicherungsrecht VII 153).

[48] Das preuß. Kleinbahnengesetz v. 1892 § 2ff., spricht von „Genehmigung" im Sinne von Konzession.

[49] Vgl. oben S. 326.

[50] Theißig, in Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 37, S. 20ff., 28ff. Preuß. OVG. v. 29. Dez. 1883 Entsch. Bd. 10, S. 198). Vgl. insbes. unten Anm. 52.

oder das Flußbett einläßt oder sonstwie mit ihnen verbindet (Schienen, Kabel, Stauwehre, Kioske usf.), werden juristisch nicht zu Bestandteilen der öffentlichen Sache; sie bleiben, vermöge der dem Konzessionär zustehenden Befugnis auf Benutzung dieser Sachen (BGB. § 95), Eigentum des Konzessionärs und können deshalb von ihm, unabhängig von ihrer Unterlage, verpfändet oder verkauft werden.[51]

Unter den erwähnten Konzessionen nimmt eine besondere Stellung die Straßenbahnkonzession ein.[52] Sie setzt sich

---

[51] Das wird wichtig für die Verpfändung eines Elektrizitätswerkes mit allen seinen Betriebseinrichtungen (Gebäuden, Kabelleitungen usf.); die Kreditfähigkeit derartiger Unternehmungen wird infolge der erwähnten juristischen Lösung wesentlich erhöht. Verwaltungsrechtl. Bedeutung gewinnt das Verhältnis bei der Erhebung der Steuern (Umsatz-[Besitzveränderungs-]steuer usf.). Bleiben Gasröhren, Leitungsdrähte usf. Bestandteile des Grundstückes, auf dem die Anstalt errichtet ist, so bilden sie auch steuerrechtlich einen Teil dieses Steuerobjektes. M. E. steht BGB. § 95 dieser Lösung nicht im Wege. Reichsgericht i. Civils. Bd. 48, S. 267; andrer Ans.: der Bad. VerwGH. 22. Jan. 1913 (Bad. Ztsch. f. Verw. 1913 S. 75) u. Preuß. OVG. (Pr.-Verw.Bl. XXXIV 95). Endemann, Bürgerl. Recht I (9. Aufl.), S. 242; abweichend die daselbst, Bd. II S. 28, zitierten Belege. Siehe im Allgemeinen über die Frage Biermann, Superficies solo cedit (Iherings Jahrbücher f. Dogmatik XXXIV S. 186). Vgl. ferner oben Anm. 5 u. Schweiz. Zivilgesetzbuch, Art. 675 (Baurecht) und Art. 676: „Leitungen für Wasser, Gas, elektrische Kraft u. dgl., die sich außerhalb des Grundstückes befinden, dem sie dienen, werden, wo es nicht anders geordnet ist, als Zugehör des Werkes, von dem sie ausgehen und als Eigentum des Werkeigentümers betrachtet . . ." S. ferner Art. 677. Hitzig, Das Baurecht (droit de superficie) im Vorentwurf eines Schweiz. Zivilgesetzbuchs (Zeitschr. f. Schweiz. Recht, n. F., XXII S. 1). Carl Wieland, Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs S. 113—122. Pfleghardt, Das Recht zur Erstellung elektrischer Leitungen nach der Schweizer. Bundesgesetzgebung (Zeitschrift f. Schweiz. Recht, n. F., XXIII S. 52). — Über die „Bahneinheiten" (EG. z. BGB. Art. 112), denen zufolge alle Grundstücke und Beweglichkeiten eines Eisenbahnunternehmens auch rechtlich als eine Einheit behandelt werden: Eger, im WB d. VerwR² I 700.

[52] Kittel, Die rechtl. Stellung des Straßenbahnunternehmers (Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. 23, S. 191 ff., 327 ff.). Theissig, Das Recht der Straßenbahngesellschaften zur Benutzung öffentl. Gemeindewege und die Straßenbenutzungsverträge (Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 37 [1910] S. 1 ff.). Eger, Das preuß. Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen, vom 28. Juli 1892, 2. Aufl., 1904, S. 102 ff. (Die drei genannten Autoren sind Anhänger

aus drei Bestandteilen zusammen: der Konzession für Errichtung und Betrieb eines Eisenbahnunternehmens (s. oben S. 324); der Konzession für Sonderbenutzung der öffentlichen Straße (s. oben S. 354) und endlich der Zustimmung des Wegeigentümers und Wegeunterhaltspflichtigen, dessen Lasten durch Errichtung und Betrieb einer Straßenbahn eine erhebliche Steigerung erfahren.[53] Möglich ist, daß nach positiver Gesetzgebung die für die Erteilung der Straßenbahnkonzession zuständige Behörde nicht nur zu prüfen hat, ob das Unternehmen nach der verkehrspolitischen Seite hin als zulässig erscheint, sondern auch, ob der Betrieb des Unternehmens mit dem Gemeingebrauch der Straße vereinbar ist, in der die Eisenbahn errichtet werden soll. Dann erfüllt die Straßenbahnkonzession eine doppelte Funktion: sie verleiht ein Recht auf Errichtung einer öffentlichen Anstalt (oben § 18) und begründet gleichzeitig ein Sondernutzungsrecht an der öffentlichen Straße. Auf alle Fälle wird die Straßenbahnkonzession, wie S. 326 erwähnt wurde, erst verliehen, nachdem das Sondernutzungsrecht an der Straße begründet worden ist und der Wegeunterhaltspflichtige und Eigentümer zugestimmt hat; diese Zustimmung enthält eine privatrechtliche, vertragliche Erklärung, infolgedessen sind auch die Gegenleistungen, die sich der Eigentümer als solcher vom Konzessionär für die be-

---

der Otto Mayerschen Lehre vom öffentlichen Eigentum). Germershausen, Wegerecht, I S. 173. v. Reitzenstein, Art. „Straßenbahnen" in v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, II S. 576. Herbert Schelcher, Der öffentl. Weg (Fischers Zeitschrift f. Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung. Bd. 31, S. 1ff.). Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte S. 96ff.

[53] Badisches Straßengesetz v. 14. Juni 1884, § 29, Abs. 2: „. . . Auch ist die Zustimmung der Gemeinden und Kreise, welche Eigentümer der Straßen sind, oder welchen die Unterhaltungspflicht derselben obliegt, sowie die Zustimmung etwaiger sonstiger rechtlich Beteiligter einzuholen." Ebenso Preuß. Kleinbahnengesetz v. 1892, § 6; es fügt in Abs. 2 bei: „Der Unternehmer ist mangels anderweitiger Vereinbarung (mit den aus Gründen des öffentlichen Rechts zur Unterhaltung des Weges Verpflichteten) zur Unterhaltung und Wiederherstellung des benutzten Wegeteiles verpflichtet . . . ." S. auch Ullmann, Straßenunterhaltsverträge zwischen Kleinbahnunternehmern u. Wegunterhaltspflichtigen (Gruchots Beiträge z. Erläuterung d. Deutschen Rechts Bd. 56 (1912) S. 250). Kleffel, im Preuß. Verw.Bl. XXXIV 890.

sondere Benutzung seines Straßenareals versprechen läßt, privatrechtlicher Natur.[54]

Die Konzession begründet ein öffentlichrechtliches Verhältnis zwischen dem Konzedenten und dem Konzessionär, dessen Inhalt in erster Linie durch die Konzessionsurkunde bestimmt wird. Im übrigen ist auch das in einer Konzession verliehene öffentliche Individualrecht auf Sonderbenutzung einer öffentlichen Sache den andern subjektiven öffentlichen Rechten (§§ 11, 19) wesensgleich.[55] Durch die Verleihung eines Sondernutzungsrechtes an den einen Privaten begibt sich die Behörde der Befugnis nicht, dasselbe Recht auch anderen zuzugestehen[56] — es wäre denn, daß die Konzession ausdrücklich ein Ausschlußrecht zu Gunsten des einen Konzessionärs geschaffen hätte.

---

[54] Dies gilt namentlich auch für eine eventuelle Festsetzung über den Rückkauf des Straßenbahnunternehmens durch die Gemeinde. Wie das Sächs. OVG. v. 20. Juni 1908 (Jahrb. XII S. 289) richtig hervorgehoben hat, kommt einer Rückkaufsbestimmung in einem derartigen „Konzessionsvertrag" eine andre Bedeutung zu, als in der vom Staate erteilten Eisenbahnkonzession oder in der Konzession des Straßenbenutzungsrechts. Ist eine Gemeindebehörde Trägerin der Straßenpolizei, so liegt in der von ihr vorgenommenen Verleihung des Sonderrechts über den Gemeingebrauch hinaus gleichzeitig die privatrechtliche Zustimmung zur gesteigerten Benutzung ihres Straßenareals. Das Rückkaufsrecht wird dann häufig als „Bedingung" der Verleihung aufgeführt und das Ganze in einen „Konzessionsvertrag" eingekleidet. Das hat jedoch nicht zur Folge, daß dieses Aktenstück nun als privatrechtlicher Vertrag behandelt werden darf.

[55] Verletzt der Konzedent das Sonderrecht durch einen rechtgemäßen Eingriff, so hat er kraft Gewohnheitsrechtes öffentlichrechtliche Entschädigung zu leisten (oben § 17). Bei widerrechtlicher Verletzung greifen die Vorschriften über die Haftung aus Amtshandlungen Platz (oben § 16). Kollmann, Die Regreßansprüche der großen Berliner Straßenbahn (Eger, Eisenbahnrechtliche Entsch. XX S. 275; vgl. daselbst auch S. 99). Urteil des Reichsgerichts in Zivils. v. 29. März 1898 (Eger, Eisenbahnrechtl. Entsch. XV S. 70). Eger, Stadtgemeinde und Straßenbahnen (Deutsche Juristenzeitung Bd. X [1905] S. 1030, XVI (1911) S. 920). Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts XXXI (1905) Teil II, S. 382. Vgl. auch Sirey, Recueil général des lois et arrêts, 1902, III 17 (und die Fußnote daselbst von Hauriou); 1905 III 135, 143, u. oben S. 324.

[56] Über Kollisionen, die bei der Benutzung der Straße durch einen alten und einen neuen Konzessionär entstehen können: Reichsgericht i. Zivils. Bd. 81, S. 216.

Zweites Kapitel.

Die verwaltungsrechtlichen Pflichten der Bürger.

1. Die allgemeinen polizeilichen Pflichten.

§ 23. Polizeigewalt und polizeiliche Beschränkungen der Bürger.[1]

I. Begriff und Wort „Polizei" haben eine wechselvolle Entwicklung durchlaufen. Das griechische *πολιτεία* bedeutet Stadtverfassung, Staatsverfassung und im übertragenen Sinne Staatsverwaltung, Regierung. Im 14. Jahrhundert prägte die französische Rechtssprache das Wort „la police" um zur Be-

[1] Otto Mayer, I §§ 18, 19. F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, S. 99ff. E. Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 4ff. und Art. „Polizei" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl., VI S. 1058. Georg Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht, 6. Aufl., S. 642ff. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., S. 121ff. und „Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechts in Preußen" (Verwaltungsarchiv III S. 249), ferner Art. „Polizei" im WB d. VerwR² III 96. Schilling, Beiträge zur Entwickelung des Polizeibegriffs nach preuß. Recht (Verwaltungsarchiv II S. 474). Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt 1905/06 (Arbeiten aus dem juristisch-staatswissenschaftl. Seminar der Universität Marburg, Heft 3 und 5). Schanze, Die Polizei, in Fischers Zeitschr. f. Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 35 (1909) S. 89. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I S. 1ff. Anschütz, Die Polizei, 1910 (Vorträge der Gehestiftung, Bd. II S. 221ff.). Leo Vossen, Der Schutz der Gewerbefreiheit und der Verfassungsrechte durch das preuß. Oberverwaltungsgericht, 2. Aufl., 1910. J. Jungel, Der Begriff der Polizei im württembergischen Recht, Tübinger staatswissenschaftl. Diss. 1912. Gustav Roscher, Großstadtpolizei, 1912. F. Kitzinger, Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt, 1913, S. 59ff. v. Seydel-Graßmann, Bayer. Verwaltungsrecht, 1913, S. 218ff. Vgl. auch Hauriou, Précis de Droit administratif, 7 éd., p. 511 K. Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. I, 1910, S. 67ff., 255ff. Kulisch, Österreich. Gewerberecht I² S. 36ff.

zeichnung von Staatszweck und Staatstätigkeit. Im engern Sinne wurde das Wort „la police" verwendet zur Charakterisierung des guten, geordneten Zustands eines Staatswesens. Am Ende des 15. Jahrhunderts übernahm Deutschland den Begriff von Frankreich und fügte ihn als ius politiae dem System der landesherrlichen Hoheitsrechte bei (§ 3). Als im 16. Jahrhundert die Theorie vom ius reformandi die Rechtfertigung lieferte für das Eingreifen des Landesherrn in die kirchlichen Angelegenheiten, gab das ius politiae die juristische Formel ab, mit deren Hilfe die Erweiterung des staatlichen Aufgabenkreises auf weltlichem Gebiete begründet wurde. Hatte sich der mittelalterliche Staat auf die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens beschränkt, so verschaffte das ius politiae dem Staate des 16. und 17. Jahrhunderts die Befugnis, auch für die „gemeine Wohlfahrt" mit staatlichem Zwange sorgen zu dürfen. Das ius politiae verschaffte dem Landesherrn die Kompetenz zum Erlaß aller Anordnungen, welche die „irdische Glückseligkeit" der Untertanen verwirklichten. Es verlieh damit dem Staate die Möglichkeit, seine Macht über alle individuellen Betätigungen der Staatseinwohner zur Geltung zu bringen und wurde auf diese Weise zum Gründer der absoluten Staatsgewalt. Der „Polizeistaat" ging in dem absoluten Staate auf. „Policey" und Staatsregiment wurden identische Begriffe.

Aber schon am Ende der Reformationszeit begannen sich von dem Begriffe der „Policey" einzelne Staatsfunktionen abzulösen. Die erstarkenden Territorialgewalten fingen an, für die Besorgung der auswärtigen Politik, des Kriegswesens und der Finanzen (des „Kameralwesens") besondere staatliche Einrichtungen und Behörden auszubilden. Sodann begann sich aus dem übrigen Staatsregiment die Justiz als eine gesonderte Funktion herauszuheben. Durch diese Entwicklung wurde die Polizei auf die Staatsaufgaben beschränkt, die in keinen der genannten andern Verwaltungszweige fielen. Trotzdem ruhte nach wie vor in ihr der Schwerpunkt der gesamten Staatstätigkeit. Denn ihr fiel von selbst die Sorge für die zahllosen neuen Aufgaben zu, welche eine neue Auffassung vom Berufe des Staates der öffentlichen Verwaltung übertrug. Wie diese neuen Aufgaben erledigt werden mußten, wies noch kein geschriebenes Recht. Infolgedessen war für sie das freie Ermessen der Regierung allein maßgebend. Damit trat die Polizei in einen Gegensatz zur Justiz. „Justiz-

sachen" wurden die Staatsangelegenheiten, die nach Recht zu entscheiden waren und daher in die Zuständigkeit der Gerichte fielen. Als „Polizeisachen" dagegen erschienen die staatlichen Angelegenheiten, die nach freiem Ermessen besorgt wurden und daher die Domäne der Regierung darstellten.

Gegen die in der Polizei verkörperte Staatsallmacht erhob im 18. Jahrhundert die wissenschaftliche Theorie des Naturrechts Einspruch im Interesse der Freiheit des Individuums. Sie begann mit einer Kritik des Rechtsgrundes des Staats und vollendete ihr Werk in der Lehre von den angeborenen, unantastbaren Menschenrechten, die der Staatsgewalt Schranken aufrichtete. In der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom Jahre 1789 feierte diese Theorie ihren großen politischen Sieg.[2] Die Staatsgewalt wurde zurückgeschraubt auf die Sorge für Rechtsschutz und auf die Verfolgung des Sicherheitszwecks.[3] Die Entwicklung in Deutschland vollzog sich in denselben Bahnen. Sie erreichte ihren Höhepunkt in dem Allgemeinen Preußischen Landrecht des Jahres 1794, welches Begriff und Grenzen der Polizei mit den berühmten Worten umschrieb (Teil II, Titel 17, § 10): „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei."[4] Diese Auffassung ist in der Folge in ganz Deutschland

[2] So sagt die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte v. 1789 z. B.: 4. „La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. — 5. „La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas."

[3] Vgl. z. B. den Code des délits et des peines v. 1795, Art. 16: „La police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle." Siehe Block, Dictionnaire de l'administration française, Art. „police".

[4] Die Vorschrift des Allg. Preuß. Landrechts II 17 § 10 ist, als öffentlichrechtliche Norm, durch das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1. Januar 1900 nicht beseitigt worden. Sie gilt, als Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, im ganzen Staatsgebiet, nicht nur im ehemaligen Geltungsbereich des ALR. (Entsch. des Preuß. OVG. Bd, 39,

zur Herrschaft gelangt. Die Gesetzgebung hat sie aufgenommen,[5] und dort, wo es an gesetzlichen Vorschriften fehlt, wie z. B. im Königreich Sachsen,[6] ist sie vom Gewohnheitsrecht zu unbestrittener Geltung gebracht worden. Sie bildet heute überall die Grundlage des Polizeirechts.

Um Bedeutung und Schranken der Polizei nach geltendem Recht richtig zu würdigen, muß man sich stets vor Augen halten, daß im Rechtsstaat die Vermutung für die Freiheit des Individuums von staatlichem Zwang spricht. In diesem Sinne enthält der Satz „was nicht verboten ist, ist erlaubt" eine Rechtswahrheit. Sie ist niedergelegt in den Vorschriften der Verfassungsurkunden, welche Freiheit und Eigentum der Bürger ausdrücklich garantieren. Ihnen zufolge ist der Bürger befugt, mit seinem Eigentum nach freiem Ermessen zu schalten und die ihm von der Natur verliehene Fähigkeit zur Betätigung seines Willens nach allen Richtungen auszunutzen.[7] Eine schrankenlose Betätigung der individuellen Freiheit und der Eigentumsfreiheit würde aber zum „bellum omnium contra omnes" führen. Jede Freiheit ist deshalb nur unter dem Vorbehalt gewährleistet, daß sie die gute Ordnung des Gemeinwesens nicht stört.[8] Die Aufgabe der Polizei besteht daher darin, diese Rechtspflicht gegen die Bürger zur Geltung zu bringen. Diese allgemeine Pflicht wird im täglichen

---

S. 399). Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Polizei", Bd. II[2] S. 274.

[5] Z. B. Badisches Polizeistrafgesetzbuch v. 1863 § 30: „Neben den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzbuchs bleibt den Polizeibehörden die Befugnis vorbehalten, auch unabhängig von der strafgerichtlichen Verfolgung rechts- und ordnungswidrige Zustände innerhalb ihrer Zuständigkeit zu beseitigen und deren Entstehung oder Fortsetzung zu hindern. — Anordnungen dieser Art sind nur insoweit zu treffen, als sie im öffentlichen Interesse geboten erscheinen . . . ." Schlusser, Bad. Polizeistrafrecht 3. Aufl. (bearbeitet von Ernst Müller), S. 16ff.

[6] Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. I S. 48, Nr. 2; II S. 79, Nr. 5b.

[7] Das durch die Gewerbefreiheit garantierte „Recht" auf den Betrieb eines Gewerbes ist gegen Verletzung von Seiten dritter Privatpersonen durch BGB. § 823, Abs. 2, geschützt. Unsicher: Reichsgericht in Zivils., Bd. 61, S. 10; 65, S. 210; 76, S. 46. Vgl. zu der Frage v. Tuhr, Allg. Teil d. Bürgerl. Rechts I S. 154ff. S. auch oben § 11.

[8] „Das Gute — dieser Satz steht fest —
Ist stets das Böse was man läßt." (Wilhelm Busch.)

Leben in zahlreiche polizeiliche Einzelpflichten umgesetzt.[9] Dadurch entsteht ein ganzes System polizeilicher Freiheits- und Eigentumsbeschränkungen. Die Polizei ist somit heute keine ausgeschiedene staatliche Funktion; sie ist die obrigkeitliche Tätigkeit auf dem Gebiete der inneren Verwaltung geworden, welche der natürlichen Freiheit der Person und dem Eigentum der Untertanen die zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Rechts, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung nötigen Beschränkungen zwangsweise auferlegt.[10] Nicht durch Belehrung und Ermahnung, sondern durch Zwang erreicht die Polizei ihre Zwecke.[11] Die natürliche Freiheit und das Eigentum des Einzelnen finden eine Grenze an der Polizeigewalt.[12] Daraus folgt, daß sich die allgemeine polizeiliche Pflicht des Untertans in einem Nichtstören erschöpft. Zu einer positiven Leistung zu Gunsten der Polizei ist der Untertan im Allgemeinen nur verpflichtet, sofern ihm ein Rechtsatz eine genau um-

[9] Diese Auffassung deckt sich mit derjenigen, die Frank, Strafgesetzbuch[10] S. 600, dazu geführt hat, die Polizeiübertretungen als Delikte zu bezeichnen, deren Norm die allgemeine im Verkehr erforderliche Sorgfalt spezialisiert.

[10] Laband, Staatsrecht III[5] S. 207. Thoma, Polizeibefehl I S. 7, 50. Da zum Wesen der Polizeigewalt der Zwang gehört, so können die Polizeibehörden nur Gewaltunterworfenen befehlen. Keine Gewalt steht mithin der Polizei gegenüber anderen gleichgeordneten Staatstätigkeiten zu. Die Polizeibehörde kann der Militärbehörde weder befehlen, Schießübungen auf einem bestimmten Platz zu unterlassen, noch von ihr durch Befehl die Beseitigung eines Festungstors verlangen. Entscheidungen d. Preuß. OVG. Bd. 2 S. 399; Bd. 61, S. 274. Schultzenstein in der DJZ XVIII 435; Vogels im Preuß. Verw.Bl. XXXIV 706.

[11] Preuß. OVG. 13. Juni 1910: wenn die Polizeibehörde eine Verfügung nicht mit eigenem Zwang durchsetzen will, sondern bloß durch den Hinweis auf Bestrafung, so liegt keine polizeiliche Verfügung vor (Preuß. Verw.-Bl. XXXII 26). —

[12] Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen von 1831 § 27: „Die Freiheit der Personen und die Gebahrung mit dem Eigentume sind keiner Beschränkung unterworfen, als welche Gesetz und Recht vorschreiben." Vgl. ferner Biermann, Privatrecht u. Polizei in Preußen, 1897. — Auch der Besitzer als solcher, selbst wenn er nicht Eigentümer ist, kann der Polizei gegenüber verantwortlich sein für den polizeigemäßen Zustand der Sache; so haftet z. B. der Unternehmer eines gewerblichen Betriebes (Fabrikant, Schankwirt u. s. f.), der lediglich Pächter ist, der Behörde für die Erfüllung der an die Betriebsanlagen gestellten polizeilichen Anforderungen. Entscheidungen des Preuß. OVG Bd. 61, S. 280.

schriebene Spezialpflicht nach dieser Richtung aufgebürdet hat.[13] Die Nichtstörungspflicht läuft aber nicht immer auf ein Untätigsein hinaus. Man denke nur an die im sanitaren Interesse erlassenen Vorschriften, welche den Anschluß eines Hauses an das Kanalisationsnetz anordnen, oder an das Reichsgesetz, das den Impfzwang eingeführt hat.[14]

Zum Amte der Polizei gehört aber nicht bloß die Abwehr von Störungen, „die dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben" drohen. Ihre Aufgabe hat die Polizei auch zur Sicherung des ungestörten Betriebes öffentlicher Anstalten zu erfüllen. Hier entfaltet sie sich als Anstaltspolizei (oben § 18). — Andrerseits fällt jedoch aus dem Bereiche der Polizei die Förderung der öffentlichen Wohlfahrt, die sog. Wohlfahrtspflege, heraus.[15] In den allgemeinen begriffswesentlichen Kompetenzen der Polizei ist weder die Befugnis enthalten, durch Polizeibefehl eine „stilgemäße Restaurierung" eines alten Kirchengebäudes zu erzwingen, noch die Zuständigkeit, das Gedeihen der Weinreben auf einem Privatgrundstück dadurch zu fördern, daß sie dem Nachbarn die Errichtung einer beschattenden Mauer verbietet.[16] Eine solche

[13] Kgl. Sächs. OVG. v. 18. März 1903 (Jahrb. IV S. 149): der Eigentümer eines Grundstücks kann nach seinem Ermessen seinen Teich zuschütten. Die Polizei ist nicht befugt, von ihm die Erhaltung des Teichs zu verlangen, damit sie bei Bränden in der Gegend genügend Wasser vorfinde. — Die Baulinie bezeichnet im allgemeinen die Grenze der Bebaubarkeit eines Grundstücks gegen die Straße zu. Das Bauen hinter der Baulinie ist dem Eigentümer gestattet, wenn nicht das Gesetz (z. B. bad. Ortsstraßenges. § 9) ausdrücklich (etwa zur Verhütung von Verunstaltungen) den Eigentümer verpflichtet, sein Gebäude auf die Baulinie zu stellen. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts I S. 452, Nr. 6. Soergel, I S. 598, Nr. 66; S. 612, Nr. 11. Vgl. auch oben S. 121 ff.

[14] Über Zwang zum Anschluß an die Kanalisation: Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, S. 220. Roth, Bad. Landesbauordnung, S. 50. Über das im sanitaren Interesse erlassene polizeiliche Gebot „landhausmäßiger Bebauung": Entsch. des preuß. OVG Bd. 26, S. 323. Über den Impfzwang siehe oben S. 215, Anm. 35.

[15] Das gilt auch für das preußische Recht. Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung II² S. 275. Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, S. 3. Andrer Ansicht Rosin, im Verwaltungsarchiv III S. 249 (vgl. dazu Thoma, Polizeibefehl I S. 42). Siehe ferner Wolzendorff, Richtlinien des polizeilichen Wirkens im preuß. Recht (Preuß. Verw.-Bl. XXII, S. 257).

[16] Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 44, S. 388. Ferner Bd. 39, S. 278. Daher ist ein polizeiliches Bauverbot unzulässig, das lediglich erlassen ist,

Überschreitung ihres angestammten Bereiches zum Zwecke der Verwirklichung wohlfahrtspolizeilicher Zwecke ist der Polizei stets nur auf Grund eines besonderen Auftrages des Gesetzgebers erlaubt.[16a] Ein solcher ist enthalten z. B. in den Gesetzen, die sich gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden richten;[17] in den Gesetzen zum Schutze

---

um den freien Ausblick auf ein Denkmal aufrecht zu erhalten: Entsch. des preuß. OVG. Bd. 9, S. 353 (Kreuzbergdenkmal in Berlin). — Vgl. ferner Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, S. 3 und 96. Soergel, I S. 414, Nr. 116. Bernatzik, in der Kultur der Gegenwart, Bd. II, Abt. 8, S. 387. Ungültig ist (Preuß. OVG. 5. Dezember 1910) eine Polizeiverfügung, welche jeden kreditweisen Branntweinverkauf verbietet (Spruchsammlung 1911 der DJZ. S. 159). Ungültig ist eine ortspolizeiliche Vorschrift, welche das Verkaufen von Speiseeis an Kinder unter 14 Jahren allgemein untersagt (OLG Karlsruhe 1. Sept. 1910, Bad. Rechtspraxis 1910, S. 258). Dagegen haben die Gerichte Polizeiverordnungen geschützt, denen zufolge Kinder unter einer bestimmten Altersgrenze, auch wenn sie in Begleitung Erwachsener sind, nach einer bestimmten Abendstunde in Kinematographentheatern nicht mehr geduldet werden dürfen (Johow, Jahrbuch Bd. 41, S. 385; Reger XXXII 391, 578; Soergel V 417; Badische Rechtspraxis 1913, S. 14; Reger XXXIII 355).

[16a] Wenn die Polizei ermächtigt ist, der Baufreiheit die im sanitären Interesse liegenden Beschränkungen aufzuerlegen, so darf sie gewerbliche Betriebe aus einem bestimmten Wohnbezirke verbannen, aber sie ist nicht befugt, darüber hinaus anzuordnen, es dürften dort nur Wohnhäuser errichtet werden. Einer solchen Polizeiverordnung fehlt das „polizeiliche Motiv". Preuß. OVG. 2. Juli 1900, 5. Juli 1912 (Entscheidungen Bd. 37, S. 401; Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 600).

[17] Vgl. z. B. Preußisches Gesetz gegen die Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden, vom 2. Juni 1902 und Preuß. Gesetz gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden, vom 15. Juli 1907 (vgl. darüber O. Loening im Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 538). Badisches Polizeistrafgesetzbuch § 130 = Novelle zum bad. Polizeistrafgesetzbuch v. 20. Aug. 1904. (Schlusser, Bad. Polizeistrafrecht, S. 331.) Württemberg. Bauordnung v. 1910 Art. 98. Emerich, Schutz d. Ortsbildes, 1911. Bredt, Die Heimatschutzgesetzgebung der deutschen Bundesstaaten 1912. Heyer, Denkmalspflege u. Heimatschutz im Deutschen Reich, 1912. C. J. Fuchs, im Handbuch d. Politik II S. 607). — Vgl. auch den Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts im Schweiz. Zivilgesetzbuch, Art. 702 (und dazu die Bemerkungen in dem Kommentar von C. Wieland). Ferner Carl Wieland, Der Denkmal- und Heimatschutz in der Gesetzgebung der Gegenwart, Basler Universitätsprogramm 1905. Giesker-Zeller, Der rechtl. Heimatschutz in der Schweiz, 1910 (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 29).

der Arbeitskraft und Sittlichkeit der Arbeiter und Arbeiterinnen;[18] in gewissen Anordnungen zur Förderung der Gesundheitspflege[19] u.a.m.[20] — Endlich ist der Polizei, als einer Funktion der inneren Verwaltung, auch verwehrt, ihre Zwangsgewalt in den Dienst eines anderen Verwaltungszweiges zu stellen. Ihr kommt z. B nicht zu, zur Erreichung rein finanzieller Zwecke hilfreiche Hand zu bieten. Sie darf daher nicht durch wegepolizeiliche Verfügung den Straßenanliegern die Reinigung der Trottoirs anbefehlen, wenn die Reinigungspflicht eine finanzielle Last der Gemeinde darstellt.[21]

Da die polizeilichen Gebote und Verbote in Freiheit und Eigentum des Untertans eingreifen, so bedürfen sie, gemäß den

---

[18] Sittenpolizeilicher Schutz unmündiger Arbeiter und Arbeiterinnen: Reger, XXIII S. 341.

[19] Kgl. Sächs. OVG. v. 2. Mai 1903, betr. Schlafkammern von Dienstmädchen (Jahrb. IV S. 253). Gültig ist, nach dem Urt. des Kammergerichts v. 4. März 1912, eine Polizeiverordnung, welche im sanitaren Interesse der Kunden vorschreibt, daß in den dem Vertrieb von Nahrungs- und Genußmitteln dienenden Verkaufsläden Wände und Decken einen giftfreien, regelmäßig zu erneuernden Ölanstrich haben müssen. DJZ. XVII 1133. Vgl. ferner Reichsgesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. Juni 1900 (Reichsseuchengesetz).

[20] In diesem Zusammenhang sind ferner zu nennen die staatlichen Beschränkungen der privaten Forstwirtschaft (Rodungsverbote u. dgl.) WB d. VerwR² I 824, Art. „Forstwesen" (Schwappach). S. auch Preuß. Moorschutzgesetz v. 4. März 1913. — Den tiefsten wohlfahrtspolizeilichen Eingriff in die persönliche Freiheit der Eltern haben die Landesgesetze über die Fürsorgeerziehung (Zwangserziehung) vorgenommen. WB d. VerwR² I 862, Art. „Fürsorgeerziehung" (Landsberg). Vgl. ferner das Bremische Gesetz betr. den armenpolizeilichen Arbeitszwang v. 21. Januar 1911 u. das Preuß. Gesetz über den Arbeitszwang in der Armenpflege, das sog. „Arbeitsscheuengesetz" v. 26. Juli 1912. In diesen Zusammenhang hinein gehören weiter die landesgesetzlichen Vorschriften, welche zum administrativen Erlaß eines Wirtshausverbots gegenüber Trunkenbolden ermächtigen. Schlusser, Bad. Polizeistrafrecht³ S. 95.

[21] Karl Bräuer, Die Belastung der Adjazenten mit Trottoirbeiträgen nach pfälzischem Recht (Archiv f. öffentl. Recht XXI S. 523). Soergel, II S. 939, Nr. 10. Vgl. auch oben S. 121ff. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. II S. 79, Nr. 6a. Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 54, S. 262. Ungültig ist eine unter Berufung auf StGB. 366, Ziff. 10 erlassene bezirkspolizeiliche Vorschrift, die das Befahren eines Privatweges verbietet, es jedoch als erlaubt erklärt, wenn der Benutzer einen Betrag an die wegeunterhaltspflichtige Gemeinde zahle. OLG. Karlsruhe 23. Januar 1911 (Badische Rechtspraxis 1911, S. 161).

Grundsätzen des Rechtsstaates (oben § 8), der gesetzlichen Grundlage. Diese ist in den meisten deutschen Staaten zunächst durch die Aufstellung eines allgemein gehaltenen Grundsatzes geschaffen worden, der in großen Zügen die Richtlinien der polizeilichen Tätigkeit vorgezeichnet hat; man vergleiche z. B. die oben angeführte Formel des Allgemeinen Preußischen Landrechts vom Jahr 1794. Allein gemäß den Forderungen des Rechtsstaates hat die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts die polizeilichen Pflichten immer mehr spezialisiert und das Geltungsgebiet der allgemeinen Ermächtigungsklauseln verengert.[22] Durch die

---

[22] Soweit die polizeilichen Pflichten, die der Einzelne mit Bezug auf ein bestimmtes Verhältnis zu erfüllen hat, durch Spezialgesetz normiert sind, darf die Polizei neben ihnen nicht noch, unter Berufung auf die allgemeine Ermächtigungsklausel, neue weitere Pflichten auferlegen. Beispiel: das Reichsvereinsgesetz v. 19. April 1908 hat in § 3 aufgezählt, über welche Interna der Vorstand eines politischen Vereins der Polizeibehörde Aufschluß schuldet. Daher ist das polizeiliche, auf die allgemeine polizeiliche Ermächtigungsklausel gestützte Begehren rechtswidrig, das über die vom Vereinsgesetz genannten Punkte hinaus noch weitergehende Auskünfte verlangt. Lindenberg, Bemerk. zu § 3 des Reichsvereinsgesetzes (Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs, S. 19). Stier-Somlo, Reichsvereinsgesetz, S. 94. Unrichtig Preuß. OVG. v. 24. Mai 1910 (mitgeteilt von Schultzenstein in der DJZ. XV 954; im selben Sinn schon früher Preuß. OVG. v. 26. Jan. 1903 (Reger XXIV S. 11); vgl. auch Entscheidungen d. Preuß. OVG. Bd. 58, S. 288 (polizeil. Überwachung einer nicht unter das Reichsvereinsgesetz § 13 fallenden Versammlung gestützt auf die allg. Ermächtigungsklausel des Landesrechts). Richtige Anwendung des Prinzips Kgl. Sächs. OVG. v. 21. Januar 1905 (Reger XXVI S. 313). — Wenn das Gesetz die polizeilichen Pflichten des Eigentümers eines Grundstücks spezialisiert hat (vgl. z. B. auch Reichsstrafgesetzbuch § 367, Ziff. 13), so gibt es daneben keine allgemeine Pflicht mehr zur Erhaltung des Eigentums in polizeigemäßem Zustand. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 363ff. Thoma, Polizeibefehl I S. 50, 51. A. Schade, Eigentum und Polizei (Archiv für öffentl. Recht XXV [1909] S. 266ff.). Andrer Ansicht ist die preußische Praxis. Stier-Somlo, Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemäßem Zustand (Verwaltungsarchiv VI S. 275) und „Verwaltung und Eigentum" (Verwaltungsarchiv XVIII S. 140; XIX 43). — Von derselben Auffassung geht ein Urt. d. OLG. Hamburg v. 1. Oktober 1908 aus: die Polizeibehörde sei befugt, einem syphilisverdächtigen Manne, der außerehelichen Geschlechtsverkehr gepflogen hat, aufzuerlegen, sich ärztlich untersuchen und behandeln zu lassen. Die Seuchengesetzgebung des Reichs und die Hamburgs hat die sanitaren Pflichten

Spezialgesetzgebung des Reichs und der Gliedstaaten ist auf diese Weise um manches Gebiet individueller Tätigkeit ein Netz von polizeilichen Vorschriften gesponnen worden, so daß man heute von einem Gewerbepolizeirecht, Baupolizeirecht, Vereinspolizeirecht usw. sprechen kann.[23]

Ein polizeilicher Eingriff zieht möglicherweise das Vermögen des davon betroffenen Privaten in Mitleidenschaft: die sanitätspolizeiliche Absonderung schädigt den Arbeiter und den Ladeninhaber in ihrem Erwerb; der Zwang zur Anschließung einer Liegenschaft an die Abzugskanäle macht finanzielle Aufwendungen des Hauseigentümers nötig; ein Bauverbot hindert den Eigentümer monatelang an der baulichen Verwertung seines Grundstückes u. a. m. Sind derartige Eingriffe dem Rechte gemäß erfolgt, so schuldet die Behörde Schadenersatz nur, wenn ein Rechtsatz eine Entschädigung angeordnet hat (s. oben § 17). Sind sie dagegen in Überschreitung einer Amtspflicht ergangen,

---

der Bürger spezialisiert, sie weiß aber nichts von einer solchen Verpflichtung syphilisverdächtiger Personen. Das Hamburger OLG. leitet die polizeil. Kompetenz aber ab aus den allgemeinen Aufgaben der Polizei; es besteht die Gefahr der Übertragung dieser Krankheit auf eine unbestimmte Zahl von Personen. (Jahrbuch d. Verw.-Recht IV S. 842. Spruchsammlung 1909 der DJZ. S. 133.)

[23] Beispielsweise seien angeführt: die Kodifikation des deutschen Gewerbepolizeirechts in der Reichsgewerbeordnung (vgl. dazu den mehrfach zitierten musterhaften Kommentar von Landmann, 6. Aufl. 1911/12; s. auch Art. „Gewerbegesetzgebung (Georg Meyer u. E. Loening) im Handwörterbuch der Staatswissenschaften IV³ S. 895. Art. „Gewerbe" im WB d. VerwR² II 238 (Nelken). Kulisch, Österreichisches Gewerberecht I² 1912. — Vereinspolizei: Reichsvereinsgesetz vom 19. April 1908 (Kommentare von Stier-Somlo, 1909, und von Lindenberg in Stengleins Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs, 4. Aufl., S. 1ff). Delius, Deutsches Vereins- u. Versammlungsrecht⁴, 1908. — Baupolizei: vgl. den Kommentar zu dem Baugesetz des Königreichs Sachsen von Rumpelt, 4. Aufl. 1911; ferner Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, 4. Aufl., 1910; Kommentar zur Badischen Landesbauordnung von F. J. Roth, 2. Aufl., 1909. E. Loening, Art. „Baupolizei" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. I (3. Aufl.) S. 712; s. ferner Art. „Bauwesen" im WB d. VerwR² I 308. Die verschiedenen Polizeigebiete sind erörtert bei Georg Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht⁴. §§ 29ff. Hue de Grais, Handbuch d. Verfassung u. Verwaltung²¹ §§ 218ff. — S. ferner Eger, Art. „Kraftfahrzeuge" im WB d. VerwR² II 636, 947.

so haftet der schuldige Beamte, und eventuell der Staat, ex delicto (oben § 16).

II. Die Polizei hat die Aufgabe, das öffentliche Recht, die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sicherheit zu schirmen.[24]

1. Zum Schutze des öffentlichen Rechtes wird sie tätig, wenn sie rechtswidrige Angriffe auf die bestehenden staatlichen Institutionen abwehrt und strafbare Handlungen verhindert (s. oben § 13).[24a]

2. Die Sorge für die öffentliche Sicherheit besteht in der Verpflichtung, die von der geltenden Gesetzgebung anerkannten Rechtsgüter der Einzelnen und der Allgemeinheit sicherzustellen gegen Gefahren, die ihrer Existenz oder ihrer Unversehrtheit drohen. Solche Gefahren können dem Staat selbst erwachsen aus der schrankenlosen Betätigung der individuellen Freiheit. Politische Polizei, Vereinspolizei, Preßpolizei, Theaterpolizei usf. sind zur Abwendung dieser Gefahren berufen. Andrerseits setzt aber das gesellschaftliche Zusammenleben den Einzelnen Gefahren aus, die seine Gesundheit, sein Leben und sein Eigentum bedrohen. Aufgabe der „Sicherheitspolizei" i. w. S. ist es, diese Güter des Individuums mit nicht geringerer Kraft zu schützen, als die des Staates.[24b]

---

[24] Die Beschränkungen, die auf der allgemeinen polizeilichen Nichtstörungspflicht beruhen, stellen nicht die einzigen möglichen polizeilichen Verengerungen der staatsgewaltfreien Sphäre des Individuums dar. Auch der Eintritt in ein besonderes Gewaltverhältnis kann Pflichten polizeilicher Natur begründen. Diese tragen aber einen singulären Charakter. So hat die unter Sittenkontrolle stehende Prostituierte neben den allgemeinen sanitätspolizeilichen Geboten noch die besondere Pflicht zu erfüllen, beim Ausbruch einer Geschlechtskrankheit Absonderung und Zwangsheilung über sich ergehen zu lassen. Vgl. oben § 11. Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Geschlechtskrankheiten", Bd. II² S. 767. Über Zwangsheilungen im Allgemeinen: Sächs. OVG. v. 12. Aug. 1903 (Jahrb. IV S. 364). Bayer. VGH. v. 8. Nov. 1897 (Samml. von Entsch. bayr. VGH XIX S. 47). S. oben S. 157. Über Wohnungs- und Verkehrsbeschränkungen der Prostituierten im Allgemeinen oben § 11. Ferner Preuß. OVG. v. 8. Nov. 1901 und v. 25. April 1902 (Reger XXIV 168, 169). S. auch oben Anmk. 22.

[24a] F. Kitzinger, Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt, 1913.

[24b] Man vergleiche das lehrreiche Buch von Gustav Roscher, Großstadtpolizei, 1912.

3. Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung stellt die Polizeigewalt vor ihre schwierigste Aufgabe. Sie erheischt nicht bloß eine Abwehr des strafrechtlich Verbotenen[25], sondern überdies eine Unterdrückung alles dessen, was gegen die herrschenden ethischen und sozialen Anschauungen verstößt,[26] oder die fünf Sinne über das Maß hinaus belästigt, das als notwendige Folge des Zusammenlebens der Menschen von Jedem ertragen werden muß.[27] Hier wird somit die Polizeibehörde zu einem Urteil darüber berufen, was an der Elle des Durchschnittsmenschen gemessen als erlaubt und zuträglich gilt. Zum Bestand der öffentlichen Ordnung gehört jedes der erwähnten Rechtsgüter insofern, als es dem Einzelnen als Glied der Gesellschaft garantiert ist.[28] Das wird häufig in die Formel gefaßt, die Polizei habe „das Publikum" vor Störungen zu schützen. Dabei spielt eine wesentliche Rolle, welche soziale Wertung das durch die

---

[25] Auch wo der Konkubinat straflos ist, kann die Polizei dagegen einschreiten, sofern er öffentliches Ärgernis erregt. Sächs. OVG. v. 1. Nov. 1905 (Reger XXVI S. 566) und Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Konkubinat", Bd. I² S. 1060. — S. zu der ganzen Frage auch die Erörterungen in dem Urteile des Preußischen Oberverwaltungsgerichts v. 14. Dezember 1899 (Entscheidungen Bd. 36, S. 403).

[26] Verboten darf werden von der Polizei die Aufschrift an einem Gasthaus „judenreines Haus" oder „judenfreies Haus"; erlaubt ist dagegen „jüdischer Besuch höflichst verbeten". Reger XXIII 199; XXVI 190; XXVII 20.

[27] Sächs. OVG. v. 1. März 1902 (Reger XXIII 136). Das gilt auch für das Nachbarrecht: BGB. § 906. — Polizeiliche Auflagen zur Beseitigung von Geruchsbelästigungen und der Mückenplage sind erlaubt: Entscheidungen d. Preuß. OVG. Bd. 61, S. 208. Ein polizeiliches Verbot (Polizeiverordnung), die Wäsche aufzuhängen in den Vorgärten gegen die Straße zu, ist vom Kammergericht 17. Oktober 1912 geschützt worden (Johow, Jahrbuch Bd. 43, S. 385); die Begründung (Schutz des ästhetischen Empfindens) ist anfechtbar.

[28] Daher kann eine Störung der „öffentlichen Ordnung", die polizeiliches Einschreiten rechtfertigt, vorliegen, wenn z. B. durch das nächtliche Musizieren nur ein einziger Nachbar gestört worden ist. Dasselbe trifft zu bei Störungen der Nachbarschaft durch einen Schweinestall oder durch einen Bienenstock. Württemberg. VGH. 9. Oktober 1910 (Württemberg. Ztschr. f. Verwaltung u. Rechtspflege IV 26); Preuß. OVG. 21. Oktober 1910 (Reger Bd. XXXI 566). Polizeiliches Einschreiten gegen ein Freibad, wenn auch nur die Insassen eines einzigen Nachbarhauses durch den Anblick Nackter verletzt werden. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 76, S. 130.

Störung angegriffene Rechtsgut genießt. Während die Polizeibehörde schon durch den leichtesten Angriff auf die geschlechtliche Sittlichkeit zum Einschreiten veranlaßt wird, ist sie gegenüber groben Belästigungen des Gehörs von einer übertriebenen Milde.[29] Die Anforderungen der öffentlichen Ordnung ändern sich nach Ort und Zeit:[30] das Teppichklopfen in den Morgenstunden gilt fast überall als erlaubt, an einem Kurort dagegen darf es im Interesse der Kranken verboten werden;[31] das Bemalen der Häuser in den dänischen Nationalfarben wird in einer Stadt Mitteldeutschlands als eine harmlose Liebhaberei betrachtet, in Nordschleswig jedoch ist die Polizei aus politischen Gründen befugt, hiergegen einzuschreiten.[32] Die „Ortsüblichkeit" kann sich sogar im einzelnen Stadtteil im Laufe der Zeit infolge der Umgestaltung der äußeren Umstände verändern.[33] Welche Wand-

---

[29] „Musik wird oft nicht schön gefunden,
Weil stets sie mit Geräusch verbunden." (Wilhelm Busch.)
H. Beuttenmüller, Der rechtliche Schutz des Gehörs, 1908. v. Kamptz, Der Rechtsschutz gegen Lärm durch gewerbliche Betriebe (Gesetz u. Recht XIV). Entsch. d. Preuß. OVG. Bd. 6, S. 349 (Schießlärm). Soergel, I S. 141, Nr. 9 (Dampfpfeife); S. 173, Nr. 9 (Orchestrion); V 405, 447. Reger XXXIII 331. Der Bad. VGH. 5. Mai 1909 hält ein polizeiliches Verbot für unzulässig, das sich gegen ununterbrochene Musikaufführungen richtet. (Bad. Rechtspraxis 1911, S. 141.) Die Verfügung an den Eigentümer des Orchestrions, die Fenster zu schließen, ist aber erlaubt: Preuß. OVG. 6. Mai 1909 (Spruchsammlung 1910 der DJZ. S. 176). — Der Genuß frischer Luft ist ein polizeilich zu schützendes Rechtsgut; daher polizeiliches Einschreiten gegen Ausdünstungen usf.: Preuß. OVG. 1. Okt. 1909 (Preuß. Verw.-Bl. XXXI 291).

[30] Das tritt u. a. in den staatlichen Vorschriften über die Feier des Karfreitags und des Fronleichnamsfestes in paritätischen Gemeinden in die Erscheinung. Kahl, Lehrsystem d. Kirchenrechts I S. 400. Sägmüller, Kathol. Kirchenrecht, 2. Aufl., S. 711. v. Kirchenheim, Kirchenrecht [2] S. 72. Bitters Handwörterbuch d. preuß. Verwaltung, I[2] S. 988, Art. „Karfreitag".

[31] Soergel, I S. 559, Nr. 6f; vgl. jedoch auch III S. 478. Spruchsammlung 1909 der DJZ. S. 141.

[32] Preuß. OVG. v. 16. Mai 1902 (Entsch. Bd. 41, S. 432). Vgl. auch Reger XIV 204. Windmühlenflügel in polnischen Farben: Spruchsammlung 1910 der DJZ. S. 176. Tragen roter Fahnen: DJZ. XV 488, 769.

[33] Beispiel: Infolge der Ausdehnung einer Stadt ist eine ehemals abseits gelegene Fabrik in das Zentrum des Wohnviertels hineingerückt. Der Fabriklärm, der als zulässig erschien, solange die Fabrik allein auf weiter Flur stand, wird nunmehr polizeiwidrig. Hörle, im Verwaltungs-

lungen aber auch eintreten mögen — die Polizei darf in ihren Anforderungen nie über das durch das öffentliche Interesse gebotene Maß hinausgehen. Was an sich erlaubt ist, darf sie nicht verbieten, um sich dadurch ihre allgemeinen Aufgaben zu erleichtern.[34]

III. Der Ausübung der Polizeigewalt sind Schranken gesetzt, die sich aus dem Wesen der Polizei unmittelbar ergeben.[35]

1. Die Polizei hat die öffentliche Ordnung zu schützen. Privatleben[35a] und Privatwohnung sind der polizeilichen Kontrolle

archiv X S. 369. Reichsgericht in Zivils. Bd. 57, S. 224; 64, S. 363. Preuß. OVG. 17. Januar 1911 (Spruchsammlung 1911 der DJZ. S. 158).

[34] Sächs. OVG. v. 20. Dez. 1902 (Jahrb. IV S. 73). Preuß OVG. 6. Januar 1911: für einen öffentlichen, an sich zulässigen Aufzug darf nicht um deswillen die Erlaubnis versagt werden, weil nicht ausreichende Polizeiorgane zur Verfügung stehen, um die Teilnehmer und Zuschauer in Schranken zu halten. (Reger XXXI 400). Abweichend von diesem Grundsatz gestattet die Reichsgewerbeordnung § 33 der Polizei, die Schankkonzession zu versagen, wenn die Lage einer Wirtschaft ihre polizeiliche Überwachung wesentlich erschweren würde. Landmann, I[6] S. 323. Das Kgl. Sächs. OVG. 5. Oktober 1910 (Reger XXXI 253) hat eine polizeiliche Verfügung geschützt, welche einem Wirt befohlen hatte, die Fenster der alkoholfreien Wirtschaft nicht zu verhängen; gerechtfertigt wurde diese Verfügung damit, es bestehe Verdacht, daß auch alkoholhaltige Getränke verabreicht und daß von Gästen unzüchtige Handlungen mit Kellnerinnen vorgenommen würden. Das Urteil ist m. E. nicht einwandfrei. — Die Vorschrift des Reichsvereinsgesetzes v. 19. April 1908 § 12, derzufolge die Verhandlungen in öffentlichen Versammlungen in deutscher Sprache zu führen sind, ist dagegen in erster Linie nicht polizeilichen, sondern politischen Erwägungen entsprungen.

[35] Schultzenstein, Zu den Grenzen der Polizeigewalt (DJZ. XVII 832). W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 17ff. Vgl. damit auch Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt im französischen Recht (Archiv für öffentl. Recht XXIV S. 325). A. Baer, Staats- u. verwaltungsrechtliches Praktikum, 1912, S. 25ff. Anschütz, Fälle und Fragen des Staats- u. Verwaltungsrechts[3], 1913, S. 40ff. — Ob die Polizeibehörden diese Schranken im einzelnen Fall beobachtet haben, ist Rechtsfrage und nicht Ermessensfrage. Infolgedessen sind die Verwaltungsgerichte zu einer Kontrolle auch nach diesen Richtungen berufen. Siehe oben S. 245ff.

[35a] Die Polizei darf sich nicht in privatrechtliche Beziehungen und in die Privatsphäre einmischen. Ungültig sind deshalb Polizeiverordnungen, welche den Wirten die Abgabe von Branntwein auf Kredit verbieten (Entsch. d. Preuß. OVG. Bd. 59, 363); oder ihnen vorschreiben, es dürften die Kellnerinnen nicht auf Trinkgelder angewiesen sein (Reger XXXII

entzogen.[36] Für die Polizei entsteht ein Angriffspunkt erst, wenn eine individuelle Tätigkeit öffentlich vorgenommen wird, oder wenn ihre Wirkungen aus dem Privatleben und der Privatwohnung in die Öffentlichkeit ausstrahlen. Nur über sog. „gesellschaftliche Äußerungen" hat die Polizei Gewalt.[37] Die Beseitigung des Grünspans am Kochgeschirr kann die Polizei vom Privaten (sofern er keine öffentliche Wirtschaft betreibt) nicht verlangen, wohl aber ist sie befugt, die Befestigung des Blumentopfes anzubefehlen, der auf dem Fenstersims nach der öffentlichen Straße zu steht.[38] Aus diesen Gründen unterstehen der sicherheits- und der sittenpolizeilichen Kontrolle alle öffentlichen Orte im weiteren Sinne, d. h. alle Lokale, die einer unbeschränkten Zahl von Einzelnen zugänglich sind. Daher ist z. B. die Polizei zuständig, einer Kellnerin das Tragen einer undezenten Kleidertracht in

---

445); oder die Wirte dürften am Tage von Kontrollversammlungen an militärische Kontrollpflichtige keine geistigen Getränke verkaufen (Preuß. Verw.Bl. XXXIV 450) u. a. m. Auf der anderen Seite ist die Polizei in ihrem Bereich durch keine privatrechtlichen Rücksichten gehindert. Sie darf den Mieter aus der feuchten Wohnung, die Dirne aus einem bestimmten Stadtviertel austreiben, ohne sich um bestehende Mietverträge zu kümmern. Preuß. Verw. Bl. XXXIV 365; Entsch. d. Preuß. OVG. Bd. 3, S. 337.

[36] Unzulässig ist es, daß wider ein ausdrückliches Verbot des Mieters (Ehemannes) ein Polizeibeamter in eine Privatwohnung eindringt, damit unter seiner „passiven Assistenz" die Ehefrau mit ihren gepackten Koffern unbehelligt ausziehen kann. Preuß. OVG. 28. Oktober 1910 (Entscheidungen Bd. 58, S. 264; Reger XXXI 419). Schultzenstein, Die Grenzen der Polizeigewalt beim Schutze gegen sich selbst (DJZ. IX, S. 81ff., 129ff.). Gültig ist dagegen eine Polizeiverordnung, welche aus sicherheitspolizeilichen Gründen das Schließen der Häuser von 10 Uhr abends an anordnet (DJZ. XVII 1533).

[37] Über Kultushandlungen und Glaubensbetätigungen der Religionsgesellschaften und der Einzelnen hat die Polizei keine Gewalt, solange diese Akte sich im Innern der Kultusgebäude und der Privatwohnungen abspielen und keine Strafgesetze verletzen; sobald sie aber in der Öffentlichkeit vorgenommen werden, unterliegen sie „kultuspolizeilichen" Beschränkungen. F. Fleiner, Schranken der Kultusfreiheit (Zeitschrift für Schweiz. Recht, n. F., XXIII S. 23). Georg Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht, S. 811. Preuß. OVG. v. 11. Januar 1901 (Bd. 38, S. 58, betr. Schächtverbot in einer Schlachthausordnung). Kanzelmißbrauch: Strafgesetzbuch § 130a und dazu Frank, Strafgesetzbuch[10], S. 250.

[38] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 259.

einer öffentlichen Wirtschaft zu verbieten;[39] den Eigentümer einer Mietskaserne zur Beleuchtung des Treppenhauses bis zu einer bestimmten Abendstunde anzuhalten; dem Eigentümer eines verseuchten Privatbrunnens, der von Jedermann benutzt wird, das Anbringen einer Warnungstafel aufzutragen[40] u. a. m.[41]

2. Nur gegen Störungen und unmittelbare Gefährdungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darf die Polizei einschreiten.[42] Wenn bloß eine entfernte Möglichkeit vorliegt, daß eine bestimmte individuelle Handlung schädliche Folgen für die Allgemeinheit haben könnte, so ist die Behörde nicht befugt, sie polizeilich einzuschränken.[43] Die Polizeiorgane dürfen sich

---

[39] Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 23, S. 274. Urt. d. Kammergerichts 16. Oktober 1911 (DJZ. XVII 350): Das Tragen eines Hosenrockes darf Kellnerinnen polizeilich verboten werden; es ist ein auffälliges Kleidungsstück. Nach der maßgebenden Polizeiverordnung (Frankfurt a. Main) müssen die Kellnerinnen „unauffällig" gekleidet sein.

[40] Beleuchtung des Treppenhauses: Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 12, S. 393. Kammergericht 16. Oktober 1911 (Spruchsammlung 1911 der DJZ. S. 161). Vgl. auch Bd. 8, S. 327 (Ofenklappen). Gesundheitsschädlicher Brunnen: Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 39, S. 390.

[41] Die Polizei ist befugt, auch für den Verkehr in den Kirchengebäuden die durch das öffentliche Interesse gebotenen sicherheitspolizeilichen Anordnungen zu treffen. Darin liegt kein Eingriff in „innere kirchliche Angelegenheiten": wie das Sächs. OVG. v. 18. Juni 1902 meint (Reger XXIV S. 473). — Polizeiliche Anordnungen zum Schutz von Kindern in Bewahranstalten: Preuß. OVG. 22. Juni 1909 (Preuß. Verw.-Bl. XXXI 61). — Selbstverständlich gehören zu diesen polizeioffenen Orten auch die öffentlichen Theater, mögen sie von Städten oder von Privaten betrieben werden.

[42] Vgl. dazu oben S. 370.

[43] Die Möglichkeit, daß von Privathäusern aus nachts die Ruhe durch Lärm gestört werden könnte, berechtigt die Polizei nicht, das Öffnen der Fenster zur Nachtzeit zu verbieten. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts und Kammergerichts I S. 282, Nr. 10. Die Möglichkeit, es könnten durch dänische Schauspielaufführungen in Nordschleswig deutschfeindliche Bestrebungen ausgelöst werden, berechtigt die Polizei nicht zu einem Verbot dieser Aufführungen. Preuß. OVG. v. 3. Januar 1894 (Reger XIV S. 204). Vgl. auch Reger, Bd. 31, S. 89. Preuß. OVG. 2. Mai 1911: Der allgemeine Hinweis darauf, daß in einer bestimmten Gegend erfahrungsgemäß übermäßig viel getrunken werde und es dabei zu Ausschreitungen komme, genügt nicht, um für einen

ferner nicht als zarter besaitet aufspielen, als der Normalmensch; nicht jede Ungehörigkeit, wie beispielsweise das Tabakrauchen halbwüchsiger Burschen auf der öffentlichen Straße, darf von ihnen zum „öffentlichen Ärgernis" gestempelt werden.[44]

3. Die Polizei hat sich an den Störer zu wenden, nicht an denjenigen, der sich in gesetzmäßiger Ausübung eines Rechtes befindet.[45] Gegen diesen Fundamentalsatz verstößt die Polizei, wenn sie beispielsweise eine ruhige, in einem Privathause abgehaltene Gebetsversammlung der Heilsarmee auflöst, um dem Pöbel vor dem Hause den Anlaß zu weiteren Demonstrationen zu nehmen,[46] oder wenn sie einem Ladeninhaber befiehlt, die im Schaufenster ausgestellten Gegenstände zu entfernen, weil ihre

---

solchen Bezirk ohne weiteres die Genehmigung zur Abhaltung jeder öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel zu versagen (Entscheidungen Bd. 59, S. 299). — Von dem im Text genannten Standpunkte aus ist auch die an die Berliner Theaterleiter vom Polizeipräsidenten im Jahre 1911 erlassene Verfügung betr. Hutverbot nicht haltbar; die Verfügung verpflichtet die Theaterleiter unter Strafandrohung, dafür zu sorgen, daß die Besucher und insbesondere Besucherinnen der Logen, des Parketts usw. während des Spiels ihre Hüte abnehmen; denn die Gefahr liege nahe, daß Besucher, denen die Aussicht versperrt wird, „durch den Ausdruck ihres Unmutes Störungen der öffentlichen Ordnung während der Vorstellung veranlassen". DJZ. XVI 1539. Preuß. OVG. 13. Mai 1912 (Entscheidungen Bd. 61, S. 332).

[44] Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts und Kammergerichts I S. 280. — Die von Kinematographentheatern angekündigten Titel „Brennende Triebe", „Fluch der Sünde" dürfen von der Polizei schon aus preßrechtlichen Gründen nicht beanstandet werden. Badischer VGH. 24. April 1912 (Bad. Rechtspraxis 1912, S. 183). Über die Zulässigkeit der Filmtitelzensur s. die Aufsätze von May im Preuß. Verw.Bl. XXXIII 718 und von A. Hellwig im Archiv d. öff. R. XXVIII 114 und Preuß. Verw.Bl. XXXIV 66, 210.

[45] Qui jure suo utitur neminem laedit, gilt für den Bürger auch im öffentlichen Recht: Die Aufforderung zum Boykott darf im Hinblick auf die reichsrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit (Gew.-O. § 152) nicht durch Polizeiverordnung verboten werden. OLG. Dresden 1. März 1911 (Reger XXXI 308). Die zivilrechtlichen Folgen einer solchen Aufforderung bleiben davon unberührt. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 76, S. 35. — S. auch Preuß. OVG. 17. März 1910 (Entscheidungen Bd. 56, S. 366). DJZ. XV 1343.

[46] Fleiner, Staatsrechtl. Gesetze Württembergs S. 496.

Ausstellung zahlreiche Neugierige anzieht, die den ungehinderten Verkehr auf dem Trottoir versperren.[47] Zum Störer wird unter Umständen nicht bloß eine handelnde, sondern auch eine nichthandelnde Person, so z. B. der Eigentümer, der es unterläßt, den polizeiwidrigen Zustand seines Eigentums zu beseitigen.[48]

4. Des Amtes der Polizei ist es „die nötigen Anstalten" zu treffen zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Beschränkung der individuellen Freiheit darf nie das absolut erforderliche Maß überschreiten. Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen. Schenkt z. B. ein Wirt zuwider seiner Schankkonzession Branntwein aus, so darf die Polizei nicht einfach die Wirtschaft schließen;[49] ihr stehen zur Erreichung ihres Zweckes zunächst mildere Mittel zur Verfügung (Exekutivstrafe, Polizeistrafe). Das schärfste Mittel muß stets die ultima

---

[47] Gegen die im Text vertretene Auffassung: Entsch. des preuß. OVG. Bd. 40, S. 216. Reger XXII S. 258 (Urt. des bayr. obersten Landesgerichts v. 16. Jan. 1902); Soergel V 447. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 311, Note 37. — Die Sicherheit des Publikums wird durch den Zirkuseigentümer gefährdet, der nicht genügend Ausgänge anbringt, nicht aber durch den Löwenbändiger, dessen Produktionen das Menschengedränge veranlassen. Preuß. OVG. v. 11. Mai 1903 (Reger XXIV 402). — Vgl. auch Entsch. des preuß. OVG. Bd. 39, S. 396. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze kennt das Vereinsrecht. Das Reichsvereinsgesetz § 7 Abs. 2 ermächtigt die Polizei, die Genehmigung zur Abhaltung von öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel zu versagen, „wenn aus der Abhaltung der Versammlung ... Gefahr für die öffentl. Sicherheit zu befürchten ist". Die Polizei ist deshalb befugt, die Genehmigung auch zu verweigern, wenn die Gefahr besteht, es möchte zwischen dritten, der Versammlung feindlich gesinnten Personen und den Teilnehmern zu Reibungen kommen, welche eine Störung der öffentl. Ordnung hervorrufen. Preuß. OVG. 7. Juni 1910 (Entscheidungen Bd. 57, S. 311). Stier-Somlo, Reichsvereinsgesetz S. 140.

[48] Geruchsbelästigungen, die von einem Fabrikanwesen ausgehen: Sächs. OVG. v. 5. Dez. 1906 (Jahrbücher IX S. 317; IV S. 248). Nächtliches Hundegebell: Reger XXI 196; XXVIII 309. Soergel IV S. 34.

[49] Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 13, S. 424. Weitere Anwendungsfälle des Grundsatzes: Entsch. des Preuß. OVG. 51, S. 284. Soergel, I S. 139, Nr. 2; S. 150, Nr. 10. Ferner Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. OVG. IV S. 425.

ratio bleiben.[49a] Der polizeiliche Eingriff muß den Verhältnissen angemessen, er muß verhältnismäßig sein.[50]

§ 24. Die Polizeierlaubnis.[1]

Auch die Tätigkeiten, welche polizeilichen Beschränkungen unterworfen sind, darf der Einzelne vornehmen, ohne vor ihrem Beginn eine Erlaubnis der Behörde einholen zu müssen. Beachtet er bei deren Ausübung die polizeilichen Vorschriften nicht, so erläßt die zuständige Instanz eine polizeiliche Vollziehungsverfügung, worin sie dem Einzelnen gegenüber festgestellt, was für ihn Rechtens ist (s. oben § 12). Allein das Gesetz kann auch anders vorgehen und die Vornahme gewisser Betätigungen, die dem Individuum kraft seiner Persönlichkeit und seines Eigentums an sich zustehen, von einer Bewilligung der Behörde abhängig machen. Der Gesetzgeber kann m. a. W. ein Verbot erlassen, die erwähnte Tätigkeit ohne Erlaubnis der Polizei zu beginnen. Otto Mayer (Deutsches Verwaltungsrecht I § 21) hat dafür den Namen Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt aufgebracht.

[49a] Entscheidungen d. Preuß. OVG. Bd. 61, S. 262: Die Polizei darf zu einem völligen Verbote einer die öffentliche Ordnung gefährdenden spiritistischen Versammlung nur unter der Voraussetzung schreiten, „daß das Verbot das einzige Mittel war, welches den erstrebten Erfolg verbürgte". Über die Befugnisse der Polizei in polizeilichen Notlagen s. oben S. 217.

[50] Ob die Behörde diese Schranke im einzelnen Fall beobachtet hat, hat auf Klage hin das Verwaltungsgericht zu überprüfen. S. oben S. 245. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. II S. 80, litt. b.

[1] Otto Mayer, I § 21. F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, S. 119ff. Gluth, Genehmigung und subjektives Recht (Archiv für öffentliches Recht III S. 569). Laband, Staatsrecht III[5] S. 224. Landmann, I[6] S. 53, 68. Rehm, Die rechtl. Natur der Gewerbskonzession, 1889. Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, S. 110ff. („Die Lehre von der Baugenehmigung"). Roth, Bad. Landesbauordnung, S. 293ff. Hch. Schanz, Die Baugenehmigung in Bayern, 1900. Paul Ackermann, Der Baukonsens, 1910. L. Vossen, Das Recht der konzessionierten gewerblichen Anlagen, 1911. F. Lagenstein, Die Gewerbepolizeierlaubnis, 1912 (Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Zorn u. Stier-Somlo, Bd. XI, Heft 2). Kulisch, Österreich. Gewerberecht I[2] S. 501.

Das Institut stellt eine staatliche Überwachungsmaßregel dar. Der Gesetzgeber geht von der Erfahrungstatsache aus, daß gewisse Tätigkeiten der Individuen geeignet sind, in ganz besonderem Maße schädlich auf das Gemeinleben einzuwirken. Durch die Aufstellung eines derartigen Verbots verschafft er der Polizeibehörde die Möglichkeit, schon die Entstehung eines polizeiwidrigen Zustandes zu verhindern. Ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt kann nach bekannten Grundsätzen nur durch Gesetz oder auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung[2] eingeführt werden. Beispiele für diese Erscheinung bieten die in der Reichsgewerbeordnung §§ 16ff. aufgezählten genehmigungspflichtigen Gewerbe („Gewerbekonzession"). Eine analoge Gestaltung findet sich in den Bestimmungen der einzelstaatlichen Baugesetze, welche für die Errichtung bestimmter Bauten die Einholung einer baupolizeilichen Bewilligung („Baukonsens") vorschreiben.[3] Verwandte Erscheinungen bilden ferner:[4] die Approbation des Arztes,

---

[2] So kann nach der Reichsgewerbeordnung § 16, Abs. 2 das vom Gesetz aufgestellte Verzeichnis der genehmigungspflichtigen Gewerbe durch Beschluß des Bundesrats (vorbehaltlich der Genehmigung des nächstfolgenden Reichstages) abgeändert werden.

[3] E. Loening, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Art. „Baupolizei" I S. 712. Die Einholung eines Baukonsenses ist nicht überall vorgeschrieben. Der „Baukonsens" besteht z. B. nicht in Straßburg, Metz und Mülhausen i. E. Der Eigentümer hat lediglich der Behörde unter Vorlage der Pläne Anzeige zu machen von dem beabsichtigten Bau. E. Bruck, Verfassungs- und Verwaltungsrecht von Elsaß-Lothringen, II S. 205.

[4] Eine verschämte sittenpolizeiliche Erlaubnis erhält auch die Kontrolldirne (oben S. 156) und der Inhaber eines „tolerierten" Bordells. Daher kann der Bordellinhaber nicht wegen Kuppelei (Strafgesetzbuch § 180) bestraft werden. Das ist jedoch sehr bestritten; vgl. darüber Frank, Strafgesetzbuch[10], S. 314 und die dort zitierte Literatur. v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts[19] S. 380. Wolzendorff, Polizei und Prostitution (Tübinger Zeitschr. f. d. gesamte Staatswissenschaft Bd. 67, S. 1, 218 und separate Ausgabe 1911). Die Finanzbehörden und die Gewerbepolizeibehörden der meisten Staaten behandeln den Bordellinhaber wie einen ehrlichen Gewerbetreibenden. Gibt der Bordellinhaber an die Kunden seines Hauses Getränke ab, so bedarf er nach einer festen Praxis einer Schankkonzession (Reger XXIII S. 197); für diesen Wirtschaftsbetrieb wird er auch besteuert (Soergel, I S. 638, Nr. 13; IV S. 626. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts II S. 696—697). Entscheidungen des Preuß. OVG. in Staatssteuersachen

d. h. die amtliche Feststellung, daß sich eine Person auf Grund eines wissenschaftlichen Befähigungsnachweises den Titel „Arzt" beilegen darf (Gewerbeordnung § 29);[5] die in verschiedenen deutschen Staaten (z. B. in Preußen) eingeführte Theaterzensur, derzufolge der Schauspielunternehmer zur öffentlichen Aufführung nur derjenigen Stücke befugt ist, welche die Polizei bei der vorgängigen polizeilichen Prüfung unbeanstandet gelassen hat;[6] die polizeiliche Vorschrift, die das Jagen oder den Gebrauch von

---

XIV S. 118. DJZ. XV 254; XVII 1456. Conrad im Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 292, Meusel daselbst 427. Über die actio negatoria der Nachbarn gegen konzessionierte Bordelle: Reichsgericht in Zivils. Bd. 38, S. 379; Bd. 57, S. 239; vgl. auch Bd. 75, S. 68; Bd. 78, S. 282. — Als nichtig wird die „Bordellkonzession" von Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 235, behandelt.

[5] Landmann, I[6] S. 255, 257.

[6] Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Theaterzensur" II[2] S. 713. Landmann, I[6] S. 291. Soergel, I S. 461, Nr. 32. Reger XXVIII S. 356. Unabhängig davon besteht nach der Reichsgewerbeordnung § 32 für den Schauspielunternehmer die Pflicht, eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis zum Betrieb seines Unternehmens einzuholen. In Preußen, wie im Königreich Sachsen (Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze I S. 48) gründet sich die präventive Theaterzensur lediglich auf die allgemeine Ermächtigungsklausel zu Gunsten der Polizeigewalt. Preuß. OVG. 22. Sept. 1911, 29. Februar 1912. (Entscheidungen Bd. 61, S. 230; Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 683). Dieselbe Bestimmung (APLR. II 17 § 10) hat der preuß. Praxis auch die Grundlage geboten, für die Einführung der Kinematographenzensur d. h. für den Erlaß von polizeilichen Vorschriften, denen zufolge nur solche Bilder (Films) zur Vorführung gelangen dürfen, welche vorher von der Polizei genehmigt worden sind. Reger XXX 200, XXXI 137. Der Badische Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Urteil v. 7. November 1911 entschieden, das Bad. PolizeiStGB. § 63 biete den Behörden keine Grundlage für die Einführung einer solchen vorgängigen Filmszensur (Bad. Zeitschr. f. Verwaltung 1912, S. 46; Reger XXXII 218). Über Filmstitel: s. oben S. 375, Anm. 44. Kein Bedürfnisnachweis: OVG. 23. November 1911 (Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 386). A. Hellwig, Die Kinematographenzensur (Annalen des Deutschen Reiches 1910, S. 32, 96, 893). A. Hellwig, Schundfilms, 1912 u. Verw.-Archiv XXI 405. B. May, Das Recht d. Kinematographen, 1912. H. Müller-Sanders, Die Kinematographenzensur in Preußen, Heidelb. Diss. 1912. A. Hellwig, Öffentl. Kinematographenrecht (Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 199, 210); Rechtsquellen des öffentlichen Kinematographenrechts. 1913. Hammer in der DJZ. XVIII 429.

Waffen abhängig macht von der Erteilung eines Passes (Jagdscheins oder Waffenscheins)[7] u. a. m.[8]

1. Das Gesetz, das ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt einführt, schreibt genau vor, nach welchen Richtungen ein Gesuch um Erteilung der Erlaubnis zu prüfen ist. Es kann die Prüfung erstrecken auf die persönliche Fähigkeit des Gesuchstellers zur Vornahme der bestimmten Tätigkeit (Lootsen usf., Gewerbeordnung § 31); auf die sachlichen Mittel, mit denen das Gewerbe betrieben werden soll (Fabrikanlage); auf den Leumund des Gesuchstellers (Wirte, Gewerbeordnung § 33); auf Person und Sache zugleich (Schankwirtschaften); auf die Frage, ob ein öffentliches Bedürfnis nach Errichtung eines neuen Betriebs dieser Art vorhanden ist (Bedürfnisnachweis bei Schankwirtschaften)[9] u. a. m. Nach der Gewerbeordnung (§§ 17 ff.) und den Baugesetzen der Einzelstaaten muß der Erteilung der Polizeierlaubnis ein Verfahren vorhergehen, in welchem auch dritten Interessenten Gelegenheit geboten ist, ihre auf dem öffentlichen Rechte begründeten Einwendungen gegen die Errichtung des Unternehmens zur Kenntnis der Behörde zu bringen (Genehmigungsverfahren, Einspruchsverfahren).[10]

Die Erteilung der Polizeierlaubnis hängt nicht von dem freien

---

[7] Über den Jagdschein: Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Jagdschein" I² S. 932. Ebner, im Verwaltungsarchiv XIV S. 154. — Über den Waffenschein: Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Waffenschein" II S. 752. Über den Automobil-Führerschein: Reichsgesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909, § 2. Polizeierlaubnis für private Versicherungsunternehmungen: Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen, v. 12. Mai 1901 § 4. Polizeierlaubnis zum gewerbsmäßigen Betrieb der Stellenvermittlung: Reichs-Stellenvermittlergesetz v. 2. Juni 1910, § 2.

[8] Hierher gehört auch das Preuß. Gesetz betr. die Feuerbestattung, v. 9. Oktober 1911 (Jahrb. d. öff. R. VII 149). Nach § 7 ist zur Vornahme der Feuerbestattung in jedem einzelnen Fall die ortspolizeiliche Genehmigung einzuholen. — Über die im Reichsvereinsgesetz § 7 vorgesehene polizeiliche Genehmigung für öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge auf öffentlichen Straßen s. oben S. 376, Anm. 47.

[9] Landmann, I⁶ S. 329 ff. GewO. § 33.

[10] Bestritten ist, wieweit die Behörde im gewerbepolizeilichen Genehmigungsverfahren auch privatrechtliche Einwendungen würdigen darf. Vgl. darüber Landmann, I⁶ S. 184 ff.

Willen der Behörde ab. Der Bürger hat ein subjektives Recht auf die Erlaubnis, wenn der Ausübung seiner Tätigkeit keines der im Gesetze bezeichneten polizeilichen Hindernisse im Wege steht.[11] Die Verweigerung der Erlaubnis enthält somit die Feststellung, daß polizeiliche Hindernisse bestimmter Art vorhanden sind; eine derartige Verfügung erwächst nicht in materielle Rechtskraft (oben S. 186).

Die Erlaubnis wird stets einer bestimmten Person erteilt. Doch gibt es Fälle (Genehmigung von Fabrikanlagen u. dgl.), in denen sie als dem „Unternehmen als solchem" gewährt gilt (oben S. 142). Die Behörde muß die Polizeierlaubnis in der Form der einseitigen hoheitlichen Verfügung erteilen (vgl. oben S. 175). Sie darf ihr nur die Bedingungen beifügen, die zur Erfüllung gesetzlicher Anforderung dienen.[12] Unter diesem Vorbehalt kann eine solche Nebenbestimmung rechtlich eine Auflage oder eine aufschiebende Bedingung sein. Ist die Erlaubnis unter einer aufschiebenden Bedingung erteilt, so bedeutet das: Versagung der Erlaubnis bis zur Erfüllung der Bedingung.[13] Enthält

[11] Daher kann der Gesuchsteller Beschwerde und Klage im Verwaltungsstreitverfahren einlegen, und zwar auch dann, wenn er sich darüber beklagen will, daß die angegangene Behörde die Erledigung seines Gesuches verzögert. Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 33, S. 414.

[12] Unzulässig ist die, wider den Willen des Bewerbers einer Schankkonzession zugefügte Bedingung: „Keine weibliche Bedienung" (Oberlandesgericht Darmstadt vom 7. Juli 1899; Reger XXI S. 13). Unzulässig ist es ferner, die Genehmigung eines Neubaus von der Bedingung abhängig zu machen, der Bauende habe der Behörde die Kosten für die Anschaffung neuer Granitplatten zur Trottoirbelegung zu ersetzen (Sächs. OVG. v. 16. Mai 1903; Jahrb. IV S. 257). Unzulässig ist es weiter, die Erteilung des Baukonsenses von der hypothekarischen Sicherstellung der Anliegerbeiträge abhängig zu machen (vgl. oben S. 135 und Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 15, S. 147); andrer Meinung: Reichsgericht in Zivils. Bd. 17, S. 201; 30, S. 234. — Aus der Natur der Polizeierlaubnis folgt ferner, daß sie grundsätzlich keine Befristung verträgt (Reger XXXI 22, 460, XXXII 20). Kormann, Grundzüge (Annalen des Deutschen Reichs 1912 S. 120). Eine befristete Polizeierlaubnis ist ungültig; über die auf Einwilligung des Betroffenen zugesagte Befristung s. jedoch oben S. 183.

[13] In dieser Form wird in Bayern die Pflicht zur vorgängigen Einreichung der Theaterstücke (Theaterzensur) zur Konzessionsbedingung gemacht: Reger XXVIII S. 356. — Zumauern einer Türe, Anbringung eines Notausgangs usf. als aufschiebende Bedingung: Reger XVIII

die „Bedingung" aber eine Auflage, so ist die Erlaubnis unmittelbar wirksam; läßt dann in der Folge der Gesuchsteller die Auflage unbeachtet, so wird er von der Behörde zu ihrer Erfüllung mit Zwang und Strafe angehalten.

2. Die Bezeichnung der Polizeierlaubnis als „Konzession" wird dem Wesen der Sache nicht gerecht. Die Polizeierlaubnis verleiht dem Bürger kein neues Recht. Sie stellt lediglich fest, daß gegen die beabsichtigte Tätigkeit des Gesuchstellers keine polizeilichen Hindernisse vorliegen.[14] Begründet aber die Polizeierlaubnis kein subjektives Recht, so kann von einer Übertragung dieses Rechtes oder einem Verzicht darauf keine Rede sein.[15] Daher ist z. B. die Schankkonzession (das Wirtschaftspatent) weder ein taugliches Objekt für einen Kauf, noch ein taugliches Objekt für eine Besteuerung.[16]

S. 422 und XIX S. 167. Entscheidungen des Preuß. OVG. Bd. 59 S. 277. Jahrbücher d. Königl. Sächs. OVG. XVIII 29. Auflage: „Die Fuhrwerke der Gäste müssen im Hofraum untergebracht werden" (Reger XXIV S. 28). Über den Unterschied zwischen Bedingung und Auflage s. Otto Mayer, I S. 297. Reger XXXII 176.

[14] Daher ist eine ohne die vorgeschriebene polizeiliche Erlaubnis vorgenommene Tätigkeit oder ein ohne den Baukonsens errichteter Bau wegen dieses Mangels allein noch nicht polizeiwidrig. Die Behörde darf zwar jede weitere Tätigkeit, insbesondere jedes weitere Bauen, verhindern, aber das bereits Geschaffene nicht beseitigen, wenn nicht feststeht, daß es den Polizeigesetzen (Baugesetzen usf.) widerspricht. Entsch. des preuß. OVG. Bd. 48, S. 361. Parey, Rechtsgrundsätze II S. 267ff., Nr. 48, 51, 54—56. Soergel, I S. 679, Nr. 159. Weiter geht Reichsgewerbeordnung § 147, Abs. 3. Sie ermächtigt die Polizeibehörde, ohne Weiteres die Wegschaffung jeder nicht genehmigten Anlage anzuordnen.

[15] Reger XX S. 6, XXII S. 13, XXVI S. 212 und dort zitierte Urteile; Erg.-Bd. III S. 13. DJZ. XV 1472. Entscheidungen d. Schweiz. Bundesgerichts XXV (1899) S. 321. — Vgl. auch oben S. 169.

[16] Beim Verkauf einer Gastwirtschaft muß bei der Berechnung der Umsatzsteuer (Besitzänderungsabgabe) der Vermögenswert der „Schankkonzession" außer Ansatz bleiben. Reichsgericht in Zivils. Bd. 49, S. 321. Kamptz, Rechtsprechung des Preuß. OVG. Erg.-Bd. III S. 134. Fleiner, Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung, S. 121 und dort zitierte Urteile. Entsch. des Schweiz. Bundesger. XXV (1899) T. I S. 321, XXXII (1906) T. I S. 205. Anders liegt die Sache bei Realgewerberechten, realen Schankrechten und Apothekenrechten (Reichsgewerbeordnung § 10, EG. z. BGB. Art. 74); s. oben S. 54. Diese Rechte bilden privatrechtlich Bestandteile der Grundstücke, zu denen sie gehören (BGB. § 96). Bei der Feststellung der Besitzänderungsabgabe und der Grundsteuerschatzung ist ihr Wert

Öffentlichrechtliche Wirkungen erzeugt die Polizeierlaubnis nur zwischen ihrem Inhaber und der Behörde. Dem Dritten steht der Inhaber eines genehmigungspflichtigen Gewerbes nicht anders gegenüber, als der Eigentümer eines Unternehmens, das keiner Polizeierlaubnis bedarf. Greift daher eine Tätigkeit, für welche eine Polizeierlaubnis erteilt worden ist, in die privaten Rechte Dritter ein, so stehen dem Geschädigten die ordentlichen Rechtsbehelfe des Privatrechts zu Gebote. Eine Ausnahmebestimmung nach dieser Richtung enthält die Reichsgewerbeordnung § 26: gegen eine mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete gewerbliche Anlage kann der Geschädigte niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen klagen, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen, eventuell aber auf Schadloshaltung.[17]

Der Einzelne besitzt in der Polizeierlaubnis kein Bollwerk gegen fernere obrigkeitliche Eingriffe. Er muß jede Änderung der Gesetzgebung über sich ergehen lassen, auch wenn sie seine Pflichten über die in der Polizeierlaubnis vorgesehenen Auflagen hinaus steigert[18] und eine Vermögensschädigung nach sich zieht. Man denke z. B. an die durch die Einführung des Schlachthauszwangs bedingte Beseitigung der Privatschlächtereien (Gewerbeordnung § 23, Abs. 2). Ein Schadenersatzanspruch steht in solchen Fällen dem Betroffenen nur zu, wenn das Gesetz ihn ausdrücklich zugebilligt hat (oben §17).[19] Allein auch bei unveränderter Gesetzgebung ist der Inhaber der Polizeierlaubnis verpflichtet, seine

---

daher mit zu berücksichtigen. Kgl. Sächs. OVG. v. 3. Sept. 1903 (Jahrb. IV S. 209) und v. 23. Nov. 1907 (Jahrb. XII S. 67). Preuß. OVG. 21. Mai 1907 (Spruchsammlung 1909 der DJZ. 152). Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 95. H. Lewinsky, Die verkäufliche Apothekenkonzession nach preuß. Recht, 1911.

[17] Landmann, I[6] S. 242f. Das Schweiz. Obligationenrecht behandelt in den Art. 114 und 115 (= Art. 100 und 101 in der Fassung d. J. 1911) mit Bezug auf die Haftung für dolus und culpa die „obrigkeitlich konzessionierten Gewerbe" strenger als die nichtkonzessionierten.

[18] Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 8, S. 327.

[19] Die Bestimmungen der deutschen Landesgesetze und die Anschauungen der Praxis betr. die Einführung des Schlachthauszwangs stellt Landmann, I[6] S. 215ff. zusammen. Urt. d. Schweiz. Bundesgerichts 9. Februar 1911 (Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung XII 195).

Tätigkeit fortschreitend den wechselnden äußeren Umständen anzupassen. Daher ist die Polizei befugt, ihm zu diesem Zwecke neue Auflagen zu machen und in die durch die Polizeierlaubnis geschaffene Lage einzugreifen, um z. B. die neuen Forderungen zu stellen, die wegen Verschiebung der örtlichen Verhältnisse im öffentlichen Interesse zur Geltung gebracht werden müssen.[20] Doch kann das Gesetz diesen Grundsatz durchbrechen und den Inhaber einer Polizeierlaubnis gegen nachträgliche individuelle Auflagen sicherstellen; in umfassender Weise hat dies die Reichsgewerbeordnung zu Gunsten der Inhaber genehmigter Betriebe getan.[21]

2. Die öffentlichen Lasten.

§ 25. Die Naturalleistungspflichten.[1]

I. Das Gesetz auferlegt den Untertanen die Rechtspflicht, die Verwaltung nach bestimmten Richtungen durch finanzielle und persönliche Leistungen zu fördern. Dadurch entstehen die

---

[20] Sächs. OVG. v. 10. Febr. 1909 (Jahrb. XIII S. 214). Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, S. 158. Preuß. OVG. 7. Juli 1911 (Reger XXXII 415). Lagenstein, Gewerbepolizeierlaubnis S. 126 ff.

[21] Die Frage ist sehr bestritten. Vgl. über die verschiedenen Ansichten: Landmann, I[6] S. 191, 324 und oben § 12, S. 191. Über die Erteilung der Polizeierlaubnis unter „Vorbehalt weiterer Bedingungen": Bayr. VerwGH. 22. März 1911 und Kgl. Sächs. Ministerium des Innern 16. Febr. 1911 (Reger XXXI 9, 146). Landmann I[6] S. 192. — Wie bereits oben S. 191, Anm. 49, dargelegt worden ist, gewährt die Reichsgewerbeordnung § 51 der Behörde die Möglichkeit, ein genehmigtes Gewerbe, dem sonst polizeilich nicht beizukommen ist, stillezustellen gegen volle Entschädigung. Selbstverständlich wird Entschädigung nicht geschuldet, wenn die in der Polizeierlaubnis aufgestellten Betriebsbedingungen nicht eingehalten worden sind und die Polizeiwidrigkeit, die zur Einstellung des Gewerbes führt, gerade darin ihren Grund hat. Reichsgericht 26. März 1912 (Gruchots Beiträge Bd. 56, S. 1173; Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 81). Bestritten ist, ob auch für die Einstellung nichtgenehmigungspflichtiger Betriebe Entschädigung zu gewähren ist. Die Frage bejaht m. E. mit Recht Landmann, I[6] S 514 ff. Lagenstein, Gewerbepolizeierlaubnis S. 132. — Vgl. auch Preuß. Wassergesetz §§ 82 ff.

[1] Otto Mayer, II §§ 47, 48. Sarwey, Öffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege, S. 556.

öffentlichen Lasten der Einzelnen im weitesten Sinn.[2] Da das Gesetz[3] bei ihrer Begründung im Allgemeinen nicht auf ein besonderes Treuverhältnis zum Staat abstellt, so hat der im Staat- oder Gemeindegebiet wohnende Ausländer die öffentlichen Lasten in gleicher Weise zu tragen, wie der Staat- und Gemeindebürger;[4] denn die Vorteile der öffentlichen Verwaltung kommen ihm ebenso zugute wie dem Einheimischen.

Zu den öffentlichen Lasten in dem dargelegten weitern Sinne gehören in erster Linie die öffentlichrechtlichen Pflichten zu einer Geldzahlung. Diese hat jedoch das Gesetz zu dem Institute der öffentlichen Abgaben zusammengefaßt und dafür besondere Rechtsvorschriften ausgebildet. (S. unten § 26.) Scheidet man die öffentlichen Abgaben aus, so bleiben als „öffentliche Lasten" nur noch die Pflichten übrig, die durch eine Naturalleistung zu erfüllen sind. Sie stellen die öffentlichen Lasten im engern Sinne dar. Von ihnen ist in den folgenden Ausführungen allein die Rede.

II. Die Naturalleistungen können entweder in der Leistung von persönlichen Diensten oder in dem Überlassen oder Zurverfügungstellen von Sachgütern der Pflichtigen bestehen.[5] Sie

---

[2] Der öffentlichen Lasten eines Grundstücks in diesem weitern Sinn erwähnt u. a. BGB. § 436, 1047. Endemann, Bürgerl. Recht II § 110. Vgl. auch oben § 10, S. 140, Anm. 10. Hermann Hildebrandt, Die Eintragungsfähigkeit und Eintragungsbedürftigkeit der öffentlichrechtl. Eigentumsbeschränkungen, Heidelberger Dissertation 1910, S. 44ff. Über die Mittel zur Sicherstellung öffentl. Lasten s. unten § 26.

[3] Die Pflicht zu Naturalleistungen beruht häufig nicht auf gesetztem Recht, sondern auf Gewohnheitsrecht. Ein Beispiel im Schweiz. Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung XI 350 (Pflicht des Flußanliegers zur Reinigung des Flußbetts). Eine Neubegründung solcher Pflichten bedarf aber heute der gesetzlichen Grundlage. OLG. Colmar v. 4. Februar 1908 (Spruchsammlung 1909 der DJZ. S. 130).

[4] Die Lasten zu Gunsten konfessioneller Verbände ruhen dagegen im Allgemeinen nur auf den Konfessionsgenossen; aber auch sie treffen regelmäßig die dem konfessionellen Verband angehörenden Ausländer in gleicher Weise, wie die Inländer. Soergel, I S. 430, Nr 1. F. Giese, Deutsches Kirchensteuerrecht, Register verb. „Ausländer"

[5] Werden Sachleistungen geschuldet, so kann im Allgemeinen der Pflichtige die Leistung auch durch einen Dritten besorgen lassen (vgl. oben § 10, S. 148ff.). Dies trifft z. B. bei der Quartierlast zu, sofern die Behörde das durch den Dritten Geleistete für gleichwertig erklärt. Sächs. OVG. v. 25. Febr. 1904 (Reger, Erg.-Bd. III S. 163).

haben im geltenden Verwaltungsrecht in drei verschiedenen Instituten Verwendung gefunden.

1. Die erste Stelle nehmen die gemeinen Lasten ein. Eine gemeine Last entsteht, wenn das Gesetz eine Naturalleistungspflicht bestimmter Art allen Einwohnern des Staats oder der Gemeinden gleichmäßig als allgemeine Untertanenpflicht aufbürdet. Durch dieses Inanspruchnehmen von Naturalleistungen durchbricht das Gesetz den Grundsatz der Geldwirtschaft, der heute auch für die öffentliche Verwaltung maßgebend ist. Diese Durchbrechung findet ihre Begründung in zwei Erwägungen:[6] Das eine Moment ist die Unvertretbarkeit gewisser Leistungen. In bestimmten Fällen bedeutet für Staat und Gemeinde das Geld nichts, alles dagegen die Möglichkeit, unmittelbar über Sachen und Sachgüter oder die persönliche Arbeitskraft der Untertanen verfügen zu können.[7] Solche Rücksichten sind bestimmend gewesen für die Auferlegung einer allgemeinen Rechtspflicht zu Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Krieg und Frieden (Quartier, Verpflegung usf.);[8] für die Einführung von Polizeidienstpflichten,[9] nämlich der Pflicht zur Nothilfe bei Unglücksfällen,[10] der Feuerwehrpflicht,[11] der Pflicht zur Bereit-

[6] v. Heckel, Art. „Naturalleistungen" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, VI³ S. 894.

[7] Weil die Belastung der Untertanen in solchen Fällen nicht ausschließlich dem Bedürfnis entsprungen ist, die Verwaltung finanziell zu entlasten, sondern z. T. auch aus der Absicht hervorgeht, der Verwaltung bestimmte Sachgüter der Untertanen unmittelbar dienstbar zu machen, so kann (z. B. bei der Einquartierungslast) das Gesetz dem Einzelnen eine teilweise Entschädigung für seine Leistung zusprechen. Laband, Staatsrecht IV⁴ S. 273.

[8] Eine Übersicht gibt Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht,⁶ S. 386 ff., Staatsrecht d. Deutschen Reichs IV⁴ §§ 110 bis 113. Sassen, Art. „Militärlasten" im WB d. VerwR² II 872.

[9] Wolzendorff, Polizeidienstpflicht (Verw.-Arch. XV S. 523).

[10] Strafgesetzbuch § 360: „Mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft wird bestraft: 10. Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hilfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte." Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch,¹⁰ S. 608. Die Aufforderung muß vom zuständigen Beamten ausgegangen sein. Reger XIX S. 256, Erg.-Bd. II S. 230. Vgl. auch XXIII 310.

[11] Reger XIX 250, XXIII 311, 312. Bitter, Handwörterbuch der

haltung von Löschgerätschaften[12] u. a. m.[13] Zum andern aber haben historische Gründe und Erwägungen äußerer Zweckmäßigkeit gewissen Gattungen von Naturalleistungen das Leben gefristet. Naturalleistungen zu Gunsten der Gemeinden stellen nämlich nicht selten die Überreste der überwundenen Naturalwirtschaft dar; man hat sie bislang beibehalten, weil sie den Gemeinden die Möglichkeit gegeben haben, ohne großen Apparat und ohne Belastung der Steuerkraft der Bürger Verwaltungsaufgaben zu erfüllen.[14] Es sei erinnert an die Hand- und Spanndienste der Gemeindeeinwohner für die Gemeindewerke oder an die „Umkost", d. h. die Pflicht der Gemeindebürger, wechselweise die Gemeindearmen zu speisen.[15]

2. Die zweite Art öffentlicher Lasten bildet die Vorzugslast. Die Erfahrung lehrt, daß bestimmte öffentliche Anstalten und Unternehmungen einem engern Kreis von Bürgern über das gemeine Maß hinaus finanzielle Vorteile verschaffen. In solchen Fällen kann das Gesetz die Bevorzugten zu Leistungen an diese

---

preußischen Verwaltung, Artikel „Feuerwehren" Bd. I² S. 580. — Pflicht zur Nachtwache (Nachtwächterdienst): Soergel V 259.

[12] v. Seydel-Graßmann, Bayerisches Verwaltungsrecht S. 329. Bereitstellung eines Pferdes für Feuerlöschzwecke: Johow, Jahrbuch Bd. 41, S. 437.

[13] Wie schon oben § 23 dargelegt wurde, besteht dagegen keine allgemeine Pflicht der Bürger, der Polizei Auskunft zu erteilen. Sächs. OVG. v. 21. Jan. 1905 (Reger XXVI 313). Unrichtig die Auffassung des Preuß. OVG.: Reger XXIV S. 12; Entscheidungen d. Preuß. OVG. Bd. 56, S. 334; DJZ XV. S. 955. S. dazu Wolzendorff, Zeugnispflicht gegenüber der Polizei (Verw.-Archiv XX 277). Vgl. auch Entscheidungen d. Preuß. OVG. Bd. 56, S. 296.

[14] Saran, Art. „Gemeindedienste" im WB d. Verw-R² II 137. v. Seydel-Graßmann, Bayer. Verwaltungsrecht S. 179. Göz, Württemberg. Staatsrecht, S. 278. Preuß. Kommunalabgabengesetz, vom 14. Juli 1893, § 68: „Die Steuerpflichtigen können durch Gemeindebeschluß zu Naturaldiensten (Hand- und Spanndiensten) herangezogen werden . . ." Vgl. dazu Parey, Rechtsgrundsätze des preuß. OVG. Bd. III S. 449. Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Naturaldienste", II² S. 182. Germershausen, Wegerecht I S. 881. F. Gremler, Die Naturaldienste im preuß. Gemeinderecht, 1912 („Die Rechtseinheit", Heft 7). — Derartige Naturaldienste haben sich häufig aus privatrechtlicher Wurzel (Frohnden) entwickelt: Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 749.

[15] v. Seydel-Graßmann, Bayer. Verwaltungsrecht S. 308.

Unternehmungen verpflichten.[15a] Eine derartige Heranziehung findet sich namentlich für die Zwecke des Wegebaus und Wegeunterhalts. Als bevorzugt gelten entweder bloß die unmittelbaren Straßenanlieger, oder diejenigen, welche die Straße vorzugsweise abnutzen, oder endlich alle Personen, deren Grundstücke innerhalb der Zone liegen, der das Unternehmen wirtschaftliche Vorteile bringt. Durch die Auferlegung einer Vorzugslast wird in öffentlichrechtlicher Form eine Vorteilsausgleichung vollzogen.[16] Beispiele bieten: die Hand- und Spanndienste der Anlieger bei der Unterhaltung öffentlicher Wege; die Straßenreinigungspflicht der Anlieger; die auf den Grundeigentümern einer bestimmten Zone ruhende Pflicht, zu Gunsten eines öffentlichen Unternehmens unentgeltlich Land abzutreten[17] u. a. m. Ist die Vorzugslast als Pflicht zur Zahlung eines Geldbetrages ausgestaltet, so gehört sie z den öffentlichen Abgaben (unten § 26).

3. Die Pflicht zu Naturalleistungen kann endlich auf den Mitgliedern eines Selbstverwaltungsverbandes ruhen. Dann entsteht sie mit der Mitgliedschaft in dem Verbande („Verbandslast"); sie stellt eine Mitgliedschaftspflicht dar wie die Pflicht zur Entrichtung des Mitgliederbeitrags (s. unten

---

[15a] Über die rechtliche Natur dieser Lasten s. oben S. 141. Jahrbücher d. K. Sächs. OVG. XVIII 229; Soergel V 493.

[16] Fleiner, Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung (Festgabe der jurist. Fakultät der Universität Basel für Andreas Heusler 1904) S. 92ff.

[17] Reichsgesetz, betr. Änderung des Gesetzes über die Einnahmen und Ausgaben der Schutzgebiete, vom 18. Mai 1908, § 4g: „Soweit die Anleihen oder die Darlehen zum Baue, zur Erweiterung oder zur Erwerbung von Eisenbahnen oder Eisenbahnanteilen, zu Straßenbauten, Hafenanlagen, Strombauten und Staudämmen oder zu ähnlichen Anlagen werbender Art Verwendung finden, sind die Grundeigentümer im Wirtschaftsbereiche dieser Anlagen zu einer ihrem Interesse an der Anlage entsprechenden Leistung zu Gunsten des Schutzgebiets heranzuziehen. Es kann verlangt werden, daß die Leistung in Form von Landabtretung erfolgt...." Über Hand- und Spanndienste beim Unterhalt der Wege in Ostpreußen und über die Nachbarhilfe beim Wegebau: Germershausen, Wegerecht I S. 248, 394. Vgl. auch über die Sonderverpflichtungen der Anlieger an fließenden Gewässern: Sächs. Wassergesetz, § 82. Über die Straßenreinigungspflicht: Jebens, Verwaltungsrechtl. Aufsätze S. 209; vgl. auch oben S. 345.

§ 26). Wegeverbände[18] und Deichverbände[19] liefern hiefür Beispiele.

§ 26. Die öffentlichen Abgaben.[1]

I. Öffentliche Abgaben sind Geldleistungen,[2] die der Staat oder ein anderer öffentlichrechtlicher Verband den Bürgern zur Förderung öffentlicher Zwecke einseitig auferlegt. Nach den Grundsätzen des Rechtsstaates kann allein das Gesetz oder eine vom Gesetze abgezweigte Rechtssetzungsform (Verordnung, Sat-

[18] Germershausen, Wegerecht I S. 384.

[19] Die Geschichte des preußischen Deichwesens lehrt, wie sich eine Vorzugslast in eine Verbandslast wandeln kann. Solange das Deichwesen vom Staate besorgt wurde, waren die an der Erhaltung der Deiche beteiligten Grundeigentümer bloße Deichinteressenten; ihre Deichpflicht war eine Vorzugslast („Pfanddeichung"). Mit dem Übergang der Deichverwaltung an die neugebildeten Deichverbände („Kommunionsdeichung") sind aus den Interessenten Verbandsmitglieder geworden, deren Deichpflicht für sie nunmehr als Verbandslast besteht. Anschütz, Art. „Deichwesen" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. III[3] S. 462. Preuß. Wassergesetz §§ 294ff.

[1] Otto Mayer, I §§ 27—29. Fuisting, Grundzüge der Steuerlehre, 1902. Neumann, Die Steuer und das öffentliche Interesse, 1887. P. Schoen, Das Recht der Kommunalverbände in Preußen 1897 S. 209ff. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 119ff. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 478ff. Sarwey, Öffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege, S. 559ff. Laband, Staatsrecht IV[4] S. 375 und Reichsstaatsrecht,[6] § 45. G. Meyer-Dochow, Lehrbuch d. Deutschen Verwaltungsrechts[3] S. 639ff. Adolf Wagner, Finanzwissenschaft, Teil II. M. v. Heckel, Lehrbuch der Finanzwissenschaft, I 1908; II 1912. Altmann, Finanzwissenschaft, 1910. Eheberg, Artikel „Steuer" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften VII[3] S. 945ff. Fleiner, Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung (in der Festgabe der Jur. Fakultät Basel für Andreas Heusler, 1904, S. 92ff.). Ernst Toepfer, Der Begriff der öffentlichrechtlichen Gebühr, Tübinger staatswissenschaftl. Dissertation, 1909 (auch abgedruckt im Finanzarchiv Bd. 26, S. 491—553). G. Strutz, Die Neuordnung der direkten Staatssteuern in Preußen, 1912 (u. dazu die Besprechung von Michaelis im Verwaltungsarchiv XX 453). Siehe ferner die Kommentare zum preußischen Kommunalabgabengesetz v. 14. Juli 1893 von F. Adickes (1894) und von Nöll-Freund 7. Aufl. 1910; ferner die kleine Textausgabe mit Anmerkungen von F. Adickes, 5. Auflage, bearbeitet von W. Woell, 1911.

[2] Ob die Verwaltungsbehörde als Leistung an Zahlungstatt persönliche Dienste oder Sachen annehmen darf und will, ist eine Sache für sich. Soergel, I 718, Nr. 48.

zung) die Abgabenpflicht begründen. Das deutsche Recht kennt drei verschiedene Arten öffentlicher Abgaben: Steuern, Gebühren, Beiträge. Sie unterscheiden sich von einander durch bestimmte innere Merkmale. Für die rechtliche Charakterisierung ist unerheblich, mit welchem Namen der Gesetzgeber eine einzelne Abgabe belegt hat.[2a]

1. An erster Stelle steht die Steuer. Sie ist die öffentliche Abgabe, die dem Bürger nach einem allgemeinen, für Alle gleichen Maßstab auferlegt wird.[2b] Der Pflichtige schuldet sie „voraussetzungslos", d. h. unabhängig davon, ob und in welchem Maße ihm die öffentliche Verwaltung Nutzen bringt. Die Steuer ist nicht Entgelt für bestimmte Vorteile, die die Staats- oder Gemeindeeinrichtungen dem Pflichtigen bieten.[3] Unerheblich für den Begriff der Steuer ist ferner ihr finanzpolitisches Motiv; es begründet keinen juristischen Unterschied, ob das Gesetz die Abgabe eingeführt hat lediglich zur Deckung des Finanzbedarfs oder ob es damit noch andere sozialpolitische oder polizeiliche Zwecke hat verbinden wollen (Beschränkung gewisser Gewerbe u. dgl.).[4] Die Kompetenz zur Besteuerung leiten Staat und

---

[2a] Eine „Beleuchtungsabgabe" z. B. kann Steuer, Gebühr oder Beitrag sein; was sie juristisch ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung ab.

[2b] Unerheblich für den Begriff der Steuer ist, ob die Abgabe nur ein einziges Mal oder dauernd erhoben werden soll. Die Abgabe, die das Reichsgesetz über einen einmaligen außerordentlichen Wehrbeitrag vom 3. Juli 1913 eingeführt hat, ist eine direkte Steuer vom Vermögen und Einkommen.

[3] Dies wird u. a. wichtig bei der Auslegung der Gewerbeordnung: Gewerbeordnung § 7, Ziff. 6, hat alle Abgaben aufgehoben, welche als Entgelt für den Betrieb eines Gewerbes erscheinen, hat dagegen die Besteuerung der Gewerbe vorbehalten. Landmann, Gewerbeordnung I[6] S. 111.

[4] Die landesgesetzlichen Lustbarkeitssteuern verletzen das von Reichswegen garantierte Vereinsrecht (Reichsvereinsgesetz v. 19. April 1908 § 1) nicht. Der Gesetzgeber hat mit deren Einführung den Geselligkeitstrieb nicht vernichten, sondern ihn für die Staatsfinanzen nutzbar machen wollen; die Beschränkung der Lustbarkeiten ist fast überall nur das sekundäre Motiv gewesen. Jahrbücher d. K. Sächs. OVG. XVII 262 (Reger XXXII 359); Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 118. Anders verhält es sich mit der in verschiedenen Bundesstaaten eingeführten Warenhaussteuer. (Biermer, Art. Warenhäuser im Handwörterbuch der Staatswissenschaften VIII[3] 605.) Deren Einführung ist von der sog. Mittelstandspolitik er-

Gemeinden aus der Herrschaft ab, die sie über Personen und Sachen ihres Gebietes ausüben (Steuerhoheit). Demgemäß scheidet der Sprachgebrauch häufig zwischen Subjektsteuern und Objektsteuern, je nachdem die Steuer eine Person oder eine Sache belastet. Allein ein juristisches Unterscheidungsmerkmal liegt hierin nicht. Die Steuerpflicht begründet stets eine persönliche Obligation; das Gesetz läßt sie immer in einem bestimmten Steuersubjekt entstehen. Die Person des Pflichtigen kann entweder unmittelbar bezeichnet werden (Einkommensteuer) oder aber bloß mittelbar, indem nämlich das Gesetz denjenigen besteuert, welcher gewisse Handlungen (Abschluß von Rechtsgeschäften usf.) vornimmt (Rechtsverkehrssteuern) oder welcher Besitzer oder Eigentümer einer gewissen Sache ist (Hunde-, Automobilsteuer usf.) In beiden Fällen haftet dem Staat oder der Gemeinde ein bestimmter Pflichtiger für die Entrichtung der Steuer und zwar persönlich und mit seinem ganzen Vermögen, nicht etwa nur mit der Sache, auf der die Steuer lastet.[5] Das „Steuerobjekt" (Vermögen, Einkommen usf.), bildet somit im juristischen Sinn nicht den

---

zwungen worden, um durch eine übermäßige finanzielle Belastung der Warenhäuser das Kleingewerbe vor der Konkurrenz der Großbetriebe zu schützen. Vgl. auch Reichsgericht in Zivils. Bd. 49, S. 66. Die Warenhaussteuer zielt somit auf eine Vernichtung gewerblicher Akte ab, welche durch die Reichsgewerbeordnung § 1 gewährleistet sind. Darum widerspricht diese Steuer dem Reichsrecht. Anderer Ansicht, trotz erheblicher Bedenken, die herrschende Meinung in Judikatur und Literatur: s. die Zusammenstellung bei Landmann, Gewerbeordnung[6] I S. 112. Vgl. Soergel V 309. — Sehr hohe „Jagdpaßgebühren" sind häufig in Wahrheit indirekte Steuern, welche eine unbeschränkte Erweiterung des Jägerkreises aufhalten sollen. Eine Beschränkung des Absatzes von Kalisalzen sucht das Reichsgesetz über den Absatz von Kalisalzen, vom 25. Mai 1910, zu erreichen durch eine den Kaliwerksbesitzern auferlegte Kontingentierung des Absatzes und eine bei Überschreitung des einzelnen Kontingents eintretende Besteuerung des Mehrabsatzes (§ 26 des zit. Gesetzes). Vgl. dazu die Kontroverse zwischen Laband und Kormann in der DJZ. XVI 496, 694. Über das Kaligesetz: Thoma im Jahrb. d. öff. R. V 387. Kormann, Art. „Kali" im WB d. Verw-R² II 485.

[5] Soergel I 253, Nr. 13. Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 67 S. 218. Lamp, Die Person des Zollschuldners in der Zollrechtsgeschichte (Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband I 463).

Gegenstand der Besteuerung.[5a] Es stellt lediglich die Tatsache dar, auf Grund deren für eine Person eine Pflicht zur Steuerzahlung entsteht.

Von großer Wichtigkeit ist dagegen der Unterschied zwischen der direkten und der indirekten Steuer.[6] Die direkte Steuer stuft den vom einzelnen Pflichtigen geschuldeten Betrag nach der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen ab.[7] Es sei erinnert an die allgemeine Einkommensteuer, an die Vermögenssteuer usf. Die indirekte Steuer dagegen schließt die Abgabenpflicht an einen Vorgang rechtlicher oder tatsächlicher Natur an und läßt dabei die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen ganz außer Betracht. Indirekte Steuern sind die Zölle, ferner die sog. Rechtsverkehrssteuern (Erbschaftssteuer,[8] Besitzänderungsabgabe = „Umsatzsteuer"), Tabaksteuer, Wechselstempelsteuer usw.[9]

[5a] Zuzugeben ist, daß die in den früheren Auflagen dieses Werkes verwendete Gleichstellung der Bezeichnung Steuerquelle und Steuerobjekt zu Mißverständnissen Anlaß gibt, insofern nämlich, als unter Steuerquelle auch der Vermögensteil verstanden werden kann, aus dem die Steuer entrichtet wird. Preuß. OVG. 7. November 1912 (Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 702).

[6] Diesem Unterschiede kommt in Deutschland nicht nur finanzrechtliche, sondern unmittelbare staatsrechtliche Bedeutung zu. Das Reichsdoppelsteuergesetz v. 22. März 1909 verbietet in § 1 lediglich eine doppelte Heranziehung einer und derselben Person zu den direkten Staatssteuern. Ferner kann nach dem Reichsbesteuerungsgesetz v. 15. April 1911, § 3 das Reich von den Gemeinden nur zu gewissen indirekten Steuern herangezogen werden. Es mag überdies daran erinnert werden, daß bis heute das Reich sich auf Erhebung indirekter Steuern beschränkt und die direkten Steuern den Gliedstaaten überlassen hat. Laband, Direkte Reichssteuern, 1908.

[7] Unrichtig nimmt das Sächs. Oberverwaltungsgericht an (Urt. v. 16. Mai 1904, Jahrbücher V, S. 348), eine direkte Steuer sei eine Abgabe, die das Steuerobjekt direkt belaste. — Eine Ausnahme von dem im Texte aufgestellten Grundsatz gilt allein für die alte Kopf-(Personal)Steuer.

[8] Reichsgericht in Zivilsachen, Bd. 39, S. 11.

[9] Die Unterscheidung zwischen der direkten und der indirekten Steuer hat sich geschichtlich aus der wirtschaftlichen Erscheinung der Steuerüberwälzung entwickelt. Läßt eine vom Staate erhobene Steuer dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit offen, den dafür ausgelegten Betrag wirtschaftlich wieder dadurch einzubringen, daß er ihn bei der Veräußerung des versteuerten Objekts auf den Preis schlägt und auf diese Weise auf den Erwerber des Objekts überwälzt, so spricht man von indirekter Steuer.

Ist die Steuerhoheit ein Ausfluß der Territorialgewalt, so sind ihr alle Personen unterworfen, welche sich in dem Gebiete befinden, über das sie herrscht — die Ausländer ebenso, wie die Inländer. Allein eine blos flüchtige und vorübergehende Berührung mit einem Staatsgebiete reicht hierzu nicht aus. Erst infolge einer engern wirtschaftlichen Zugehörigkeit zu einem bestimmten Territorium gerät der Einzelne unter die dortige Steuerhoheit, begründet er dort ein Steuerdomizil.[10] Eine solche Zugehörigkeit entsteht nach deutscher Auffassung durch den Wohnsitz, wie er zum Ausdruck kommt in dem Innehaben einer Wohnung unter Umständen, welche auf die Absicht der dauernden Beibehaltung einer solchen schließen lassen; ferner durch Grund- und Gebäudebesitz und den Betrieb eines stehenden Gewerbes.[11] Zu einer Konkurrenz von Besteuerungsansprüchen kann es jedoch kommen in Fällen, in denen der Bürger Erwerbsakte oder Rechtshandlungen außerhalb seines Wohnsitzes unter dem Schutze eines andern Staates oder einer andern Ge-

---

Der Erwerber trägt dann faktisch die Steuer; er wird wirtschaftlich der Steuerträger. Die vom Staat erhobene Abgabe trifft in Wahrheit ihn, aber nur indirekt, d. h. durch die Person des dem Staate gegenüber Verpflichteten hindurch. Ist dagegen eine Überwälzung ausgeschlossen und bleibt der Steuerzahler (Steuerschuldner) auch der Steuerträger, so spricht man von direkter Steuer. Die Bezeichnung „direkte" und „indirekte" Steuer knüpft somit an rein wirtschaftliche Erscheinungen an; ob die Überwälzung bei der einzelnen Steuerart möglich ist, kann häufig nicht schon bei der Erhebung der Steuer kontrolliert werden. Trotzdem sind die Bezeichnungen auch vom Steuerrecht übernommen worden. Die Folge ist, daß für sie nach einem juristisch brauchbaren Unterscheidungsmerkmal gesucht werden muß; Strutz, Reichs- und Landessteuern 1913 S. 13 und Andere finden dieses in der Unterscheidung von Steuern auf Zustände (= direkte Steuern) und Steuern auf einzelne Vorgänge (= indirekte Steuern); damit wird aber lediglich auf ein steuertechnisches Moment abgestellt. Blüher (Sächs. Archiv f. Rechtspflege 1913 Nr. 10) wirft in sorgfältiger Begründung der oben im Texte vertretenen Auffassung vor, sie stelle allein auf ein steuerpolitisches Motiv ab. Das ist richtig, aber dieses Motiv weist uns, da ein anderer brauchbarer Rückhalt fehlt, den gangbarsten Weg zur Lösung der Streitfrage.

[10] Speiser in der Zeitschrift f. Schweiz. Recht n. F. XXI 561.

[11] Von wesentlicher Bedeutung für die Ausbildung des Begiffs des Steuerdomizils ist die Umschreibung der Steuerdomizile in dem unten Anm. 14 angeführten Reichsgesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung vom 13. Mai 1870 Art. 1 und 3 geworden.

meinde vornimmt oder wenn er einen mehrfachen Wohnsitz hat. Hier liegt die Gefahr einer Doppelbesteuerung vor, d. h. der gleichzeitigen Besteuerung eines und desselben Steuersubjekts für das nämliche Steuerobjekt[12] (z. B. der gleichzeitigen Besteuerung des gewerblichen Einkommens am Betriebsort und am Wohnort der Person). Gesetzgebung, Rechtsprechung und internationale und zwischenstaatliche Verträge haben der Doppelbesteuerung durch eine Abgrenzung der Steuerhoheiten vorzubeugen versucht[13] und dabei in der Regel die Zuständigkeit zur Besteuerung des Grund- und Gebäudebesitzes, des Betriebes eines stehenden Gewerbes sowie des aus diesen Quellen herrührenden Einkommens dem Staate oder der Gemeinde zugesprochen, in deren Gebiet der Grund- und Gebäudebesitz liegt oder die Betriebsstätte zur Ausübung des stehenden Gewerbes unterhalten wird.[14] Damit ist die Auffassung zum Durchbruch ge-

---

[12] Keine Doppelbesteuerung liegt somit vor, wenn die Aktiengesellschaft an ihrem Sitz für ihren Erwerb besteuert wird und gleichzeitig der einzelne Aktionär an seinem Wohnorte in seinem allgemeinen Einkommen die Dividende mit versteuern muß, die ihm aus dem erwähnten Erwerbe der Aktiengesellschaft zugeflossen ist. Reger VI, 94; Reichsgericht in Zivils. Bd. 13 S. 142. Soergel, II 282, Nr. 6. Göz, Württemberg. Einkommensteuergesetz S. 54. Wangemann, im Verwaltungsarchiv IX 489.

[13] Der unzuständige Staat hat sich der Besteuerung auch dann zu enthalten, wenn der Pflichtige vom zuständigen Staat nicht besteuert wird. Reger XXII S. 407.

[14] In erster Linie fällt in Betracht das Reichsdoppelsteuergesetz vom 22. März 1909; es hat eine Revision des Reichsgesetzes wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung v. 13. Mai 1870 gebracht. Laband, Staatsrecht I[5] S. 188. Clauß, im Finanzarchiv V, 138. (Die Arbeit von Clauß ist auf Grundlage des alten, durch die Novelle v. 22. März 1909 revidierten Textes des Doppelbesteuerungsgesetzes v. 15. Mai 1870 verfaßt.) Über die Praxis des Gesetzes: Reger, Erg.-Bd. II S. 386. Das Reichsgesetz verbietet lediglich eine mehrfache Heranziehung zu direkten Staatssteuern. Mehrfache kommunale Besteuerung in verschiedenen Bundesstaaten des Deutschen Reichs zu verhindern oder eine gleichzeitige Besteuerung eines Deutschen im Inland und in einem ausländischen Staat, bleibt der Gesetzgebung der Gliedstaaten und den von ihnen abzuschließenden Staatsverträgen überlassen. In umfassender Weise hat die preußische Gesetzgebung (1900, 1910) die Regierung ermächtigt, sowohl mit ausländischen Staaten, wie mit deutschen Bundesstaaten Verträge zur Vermeidung der Doppelbesteuerung abzuschließen. S. darüber Bitters Handwörterbuch der Preuß. Verwaltung I S. 414, Art. „Doppelbesteuerung". Hue de

langt, es sei, soweit ein solches spezielles Steuerdomizil bestehe, die Steuerhoheit des Staates (oder der Gemeinde) des allgemeinen Steuerwohnsitzes ausgeschaltet.[15]

2. Die zweite Art der öffentlichen Abgaben bildet die Gebühr.[16] Sie ist der dem Bürger einseitig auferlegte, öffentlichrechtliche Entgelt für eine besondere Inanspruchnahme der öffentlichen Verwaltung oder einer öffentlichen Anstalt.[17] Theorie und Praxis unterscheiden dementsprechend Verwaltungsgebühren (Gebühren für Beglaubigung von Unterschriften, für Erteilung des Baukonsenses, für Ausstellung eines Passes u. a.) und Benutzungsgebühren (Gebühren für die Benutzung einer öffentlichen Schule, einer städtischen Kanalisation, einer Brücke [Brückenzoll], einer Chaussee [Chausseegeld],[18] für den Bezug von

---

Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung[21] §§ 80, 140. Siehe ferner WB d. VerwR[2] I 608, Art. „Doppelbesteuerung" (O. Schwarz). J. Fischer, Die Doppelbesteuerung in Staat und Gemeinde, 1909. Über das schweizerische Doppelbesteuerungsverbot (Bundesverfassung Art. 46): Speiser, Art. „Doppelbesteuerung" in Reichesbergs Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, I S. 824.

[15] Nicht jede Doppelbesteuerung ist dadurch unmöglich gemacht. Hat der Pflichtige mehrere allgemeine Wohnsitze (BGB. § 7) so bleibt mehrfache Besteuerung möglich. Vgl. jedoch Reichsdoppelsteuergesetz § 2, Absatz 2.

[16] Ehlers, Die Stellung der Gebühr im Abgabensystem (Finanzarchiv XIII 439). Arndt, Über Gebühren (Verwaltungsarchiv XI 432). Fleiner, Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung S. 106. Toepfer, Begriff der öffentlichrechtlichen Gebühr, S. 31ff. Moll, Über Gebühren (Verwaltungsarchiv XVIII, 155) und DJZ. XVII 1322. v. Heckel, Art. „Gebühren", im Handwörterbuch der Staatswissenschaften IV[3] S. 513. Noell-Freund, Preuß. Kommunalabgabengesetz[7] S. 16. Otto Gerlach, Art. „Gebühren" im WB d. VerwR[2] II 4.

[17] Erhebung einer Gebühr ist nur statthaft, wenn das Unternehmen im öffentlichen Interesse errichtet wurde: Preuß. Verw.-Bl. XXXI 731; unstatthaft ist eine Gebühr, solange der Private das Unternehmen (Kanalisation) kraft eines privatrechtlichen Titels benutzt: Preuß. Verw.-Bl. XXXII 432, XXXIV 349, 740; DJZ. XVIII 591.

[18] Das Recht zur Erhebung von Verkehrsabgaben kann in Preußen auch an Private verliehen werden; diese übernehmen jedoch damit die Pflicht zur Instandhaltung der betreffenden Verkehrsmittel (Brücken-, Fähr- u. Weggeldgerechtigkeit). Bitter, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung II[2] S. 828, Art. „Verkehrsabgaben"; Germershausen, Wegerecht I S. 472. — Preußisches Kommunalabgabengesetz § 5. Soergel, V 471.

Gas, Wasser, Elektrizität usf.). Für den Charakter der Gebühr ist unerheblich, ob der Einzelne die öffentliche Einrichtung, um derentwillen die Gebühr gefordert wird, freiwillig oder gezwungen benutzt.[19] Das Recht, vom Bürger wegen einer von ihm verursachten Arbeit oder wegen der Inanspruchnahme einer öffentlichen Anstalt eine Gebühr zu verlangen, ist nicht in den allgemeinen Kompetenzen der Verwaltungsbehörden enthalten. Zur Bestreitung der durch die Verwaltung bedingten Kosten dienen in erster Linie die Steuern. Der Private, der eine Behörde oder eine Anstalt in Anspruch nimmt, hat deshalb im Allgemeinen keinen besondern Entgelt zu zahlen. Eine Gebührenpflicht entsteht darum nur kraft besonderer Anordnung des Gesetzes[19a] (vgl. z. B. preußisches Kommunalabgabengesetz v. 14. Juli 1893, § 4). Das Gesetz oder die von ihm abgezweigte Verordnung hat gleichzeitig den Gebührentarif festzustellen; denn die Bestimmung der Höhe der Gebühr darf im Rechtsstaat nicht der Entscheidung von Fall zu Fall überlassen bleiben.

Mit der Einführung von Gebühren bezweckt das Gesetz, die Kosten einer Verwaltungseinrichtung ganz oder zum Teil durch besondere Mittel zu decken. Die Höhe der Gebühr darf deshalb den Kostenbetrag der staatlichen Leistung nicht überschreiten, sonst wird sie zur Steuer. Aus dem Entgeltscharakter der Gebühr folgt, daß keine Gebühr geschuldet wird, wenn die öffentliche Verwaltung nichts geleistet hat. Wird also z. B. in dem von der Gemeindebehörde dem Benutzer im Schlachthaus angewiesenen Kühlraum keine Kälte erzeugt, so ist keine „Kühlraumgebühr" zu zahlen.[20] Aus dem gleichen Grund ist die Erhebung einer Erkergebühr für die Benutzung der Luftsäule über der öffent-

---

[19] Parey, Rechtsgrundsätze des Preuß. Oberverwaltungsgerichts III S. 67. — Aber nur der Benutzer, nicht ein Dritter kann als gebührenpflichtig erklärt werden. Spruchsammlung 1912 der DJZ. S. 169.

[19a] Preuß. OVG. 26. März 1912: Keine Gebühr für Erteilung einer amtlichen Auskunft (Entscheidungen Bd. 62, S. 243).

[20] Kühlraumgebühr: Preuß. OVG. v. 21. April 1903 (Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 24, S. 659). — Eine städtische Behörde hat die Errichtung eines öffentlichen staatlichen Gebäudes nicht zu genehmigen, sondern die Baupläne nur zur Kenntnis zu nehmen gehabt; sie darf deshalb keine Genehmigungsgebühr erheben. Preuß. OVG. 1. Februar 1910; 17. Dezember 1912 (Preuß. Verw.-Bl. XXXII 70; XXXIV 621).

lichen Straße unzulässig, denn die Luftsäule ist keine vom Staate geschaffene Einrichtung.[21]

3. Die dritte Form der öffentlichen Abgabe ist der Beitrag. Er ist eine Vorzugslast.[22] Das Gesetz auferlegt ihn Personen, die an der Errichtung oder dem Bestand einer öffentlichen Anstalt (Straße, Feuerversicherungsanstalt) besonders beteiligt sind. Wirtschaftlich dient er dazu, die Kosten der betreffenden Anstalt ganz oder teilweise zu decken.[23] Als besonders be-

[21] Erkergebühr: Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 28, S. 74; vgl. auch oben § 22, S. 332. Siehe ferner Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 31, S. 54. Soergel, I 526, Nr. 4. — Die Gebühr für die Benutzung von Wasserleitungen und Kanalisationsanlagen darf nach der wahrscheinlichen Durchschnittsbenutzung bemessen werden. Entsch. des Preuß. OVG. Bd. 49 S. 86. Daneben ist noch eine „Einmündungsgebühr" zulässig: Parey, Rechtsgrundsätze des preußischen Oberverwaltungsgerichts III S. 66 Nr. 14. Tietz, im Preuß. Verw. Bl. XXXIV 871. Abstufung der Gebühren ist zulässig: Noell-Freund, Preuß. Kommunalabgabengesetz[7] S. 28. — Die in verschiedenen Eisenbahngesetzen den Privatbahnen auferlegte Abgabe (Konzessionsgebühr, Eisenbahnabgabe) ist in erster Linie nicht Entgelt für die Erteilung der Konzession, sondern dazu bestimmt, den Ausfall zu decken, den die staatliche Postverwaltung durch die Konkurrenz der Eisenbahnen erleidet. Sie ist juristisch nicht Gebühr, sondern Steuer. Preuß. Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. November 1838 § 38. Handwörterbuch der Staatswissenschaften III[3] S. 922, Art. „Eisenbahnsteuer" (Paul Krause). Über die analoge „Konzessionsgebühr" des schweiz. Rechts s. v. Salis, Schweiz. Bundesrecht, 2. Aufl., I Nr. 244.

[22] Vgl. oben § 25, S. 387. Fleiner, Vorteilsausgleichung, S. 100. Odenkirchen, Interessentenbeiträge, 1913 (Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- u. Völkerrecht, herausg. von Zorn u. Stier-Somlo, Bd. XII 3).

[23] Erwachsen beim Betriebe einer öffentlichen Anstalt dem Staat oder der Gemeinde keine Kosten, so dürfen keine Beiträge erhoben werden. Preuß. OVG. 8. Juli 1910 (Preuß. Verw.-Bl. XXXII 332). Auf einem andern Weg kann der Deckungszweck durch die sog. Mehrbelastung erreicht werden. Preuß. Kommunalabgabengesetz v. 1893 § 20, Abs. 2: „Handelt es sich um Veranstaltungen, welche in besonders hervorragendem oder geringem Maße einem Teile des Gemeindebezirks oder einer Klasse von Gemeindeangehörigen zu Statten kommen . . . ., so kann die Gemeinde eine entsprechende Mehr- oder Minderbelastung dieses Teiles des Gemeindebezirks oder dieser Klasse von Gemeindeangehörigen beschließen." — Denselben Gedanken verwirklicht auf indirekte Weise die Wertzuwachssteuer. Vgl. Reichszuwachssteuergesetz v. 14. Februar 1911. Reichs-Besitzsteuergesetz vom 3. Juli 1913 §§ 18ff. v. Nostitz, Art. „Wertzuwachssteuer" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften VIII[3] S. 774.

teiligt[23a] kann das Gesetz sowohl Personen betrachten, denen das öffentliche Unternehmen vermögensrechtliche Sondervorteile zuführt (Straßenanlieger),[23b] wie Personen, denen das Gesetz aus sozialpolitischen Gründen ein besonderes Interesse an der Anstalt zuschreibt (Beiträge der Arbeitgeber an die Krankenkassen der Arbeiterversicherung).[24] Der Rechtssatz, der die Abgabenpflicht ausspricht, erteilt entweder der Verwaltungsbehörde die Anweisung, den einzelnen Beitrag nach der individuellen Beteiligung zu bemessen, so daß z. B. der Private keinen Beitrag zu zahlen hat, dem das Unternehmen keinen Vermögensvorteil bringt,[25] oder er stellt für die Erhebung der Beiträge einen rein mechanischen Maßstab auf.[26] Trifft das letztere zu, so ist häufig

---

[23a] Fehlt diese besondere Beteiligung, weil z. B. der Eigentümer sein Grundstück nicht oder noch nicht an die städtische Wasserleitung anschließen kann, so darf kein Beitrag (Wasserwerkbeitrag usw.) erhoben werden. Preuß. OVG. 11. Oktober 1912 (Entscheidungen Bd. 62, S. 234).

[23b] C. Sass, Die Heranziehung der Anlieger zu den Straßenbaukosten (nach preuß. Recht), 1913. Vgl. auch Badisches Wassergesetz § 49: den Grundeigentümern oder zur Benutzung eines Wasserlaufs Berechtigten, „die von einem dem öffentlichen oder gemeinwirtschaftlichen Interesse dienenden Unternehmen Vorteil haben", können „als Entgelt hierfür entsprechende Beiträge zu den Kosten der Ausführung, der Unterhaltung und des Betriebs des Unternehmens auferlegt werden". Wiener, Bad. Wasserrecht S. 119.

[24] Ein Beispiel bietet auch das Reichsviehseuchengesetz v. 26. Juni 1909 § 67: Die Landesregierungen können bestimmen, daß die Entschädigungen für Viehverluste (insbesondere auch für solche, welche infolge der auf polizeiliche Anordnung erfolgten Tötung entstanden sind) „durch Beiträge der Besitzer der betreffenden Tiergattungen aufgebracht werden müssen".

[25] Preußisches Kommunalabgabengesetz, § 9, Abs. 1: „Die Gemeinden können behufs Deckung der Kosten für Herstellung und Unterhaltung von Veranstaltungen, welche durch das öffentliche Interesse erfordert werden, von denjenigen Grundeigentümern und Gewerbetreibenden, denen hierdurch besondere wirtschaftliche Vorteile erwachsen, Beiträge zu den Kosten der Veranstaltungen erheben. Die Beiträge sind nach den Vorteilen zu bemessen."

[26] Bei der Erhebung der Anliegerbeiträge wird in Preußen im einzelnen Fall nicht untersucht, ob der Anlieger von der neuen Straße Vorteile hat. Germershausen, Wegerecht I, 823. Ebenso wird in Württemberg verfahren; Württemberg. Bauordnung, Art. 24. — Als Maßstab für die Bemessung des Anliegerbeitrages dient in Preußen die Frontlänge des Hauses. Germershausen, Wegerecht I 838. Vgl. auch betr. Berechnung der Kanalisationsbeiträge: Preuß. OVG. 19. Sept. 1911 (Preuß.

nicht leicht zu entscheiden, ob die Abgabe nicht eher die Merkmale einer Steuer oder Gebühr an sich trägt, als die eines Beitrages.[27]

Als Beiträge werden auch die finanziellen Leistungen der Mitglieder eines öffentlichrechtlichen Verbands an die Verbandskasse bezeichnet (Innungsbeiträge,[28] Beiträge der Arbeiter an die Ortskrankenkassen, der Arbeitgeber an die Berufsgenossenschaften usw.). Die Beitragspflicht wurzelt in diesen Fällen in der Mitgliedschaft. In der Beitragserhebung übt der Verband für seine Zwecke ein „Besteuerungsrecht" über seine Mitglieder aus.[29]

II. Die Abgabenpflichtigkeit, d. h. die abstrakte Abgabenpflicht, entsteht für den einzelnen in dem Moment, in welchem bei ihm die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind: mit der Begründung des Wohnsitzes und dem Erwerb eines Einkommens daselbst; mit der Vornahme eines Rechtsgeschäftes; mit der Einführung eines zollpflichtigen Gegenstandes u. s. f. Bei zahlreichen öffentlichen Abgaben wird damit auch unmittelbar die konkrete Forderung des Staates oder der Gemeinde auf einen bestimmten Abgabenbetrag ausgelöst. So entsteht z. B. bei den meisten indirekten Steuern die Forderung auf den geschuldeten Betrag, den Steuersatz, sogleich mit dem die Steuerpflichtigkeit herbeiführenden Ereignis (Vornahme des

---

Verw.-Bl. XXXIII 332). — Weniger mechanisch sucht die französische „contribution de la plus-value" das Problem zu lösen. Das Gesetz zieht zur Kostendeckung alle Grundeigentümer einer ganzen Zone (nicht bloß die unmittelbaren Anlieger) heran, deren Liegenschaften infolge der Errichtung des Werkes eine Werterhöhung erfahren haben. Hauriou, Précis de Droit administratif[7] p. 789. Berthélemy, Droit administratif[7] p. 632.

[27] Die Kurtaxe kann als Beitrag (Preußisches Kommunalabgabengesetz § 12) oder als Gebühr (Soergel, I S. 657, Nr. 21) oder als privatrechtliche Gegenleistung ausgestaltet sein. Koehne, Art. „Kurtaxe" im WB d. Verw-R[2] II 700. Neben dem Beitrag der Interessenten wird häufig von den Benutzern noch eine Gebühr gefordert. Beispiel: Schulbeitrag und Schulgeld.

[28] Gewerbeordnung § 89. Landmann, Gewerbeordnung II[6] S. 45.

[29] Über sozialpolitische Lasten im Allgemeinen: Rosin, Recht der Arbeiterversicherung I S. 529. — Die Matrikularbeiträge (Reichsverfassung, Art. 70) sind Steuern, welche den Gliedstaaten als solchen vom Reiche auferlegt sind. Laband, Direkte Reichssteuern S. 19.

Rechtsgeschäftes usw.).[29a] Im Gegensatz dazu wird bei den direkten Steuern und anderen ihnen in dieser Beziehung gleichgestellten Abgaben (z. B. Beiträgen) die konkrete Forderung auf den bestimmten Abgabenbetrag erst begründet, wenn der Pflichtige von der Behörde „veranlagt" und „herangezogen" und damit gleichzeitig zur Bezahlung einer bestimmten Summe aufgefordert worden ist (s. auch oben § 12, S. 191). In diesem Falle stellt somit eine Verfügung (Gestaltungsverfügung) der Behörde fest, ob und in welchem Umfang eine Person abgabenpflichtig ist. Erst die „Heranziehung" enthält den konkreten Steuerbefehl.[29b] Dieser Verfügung geht ein umständliches Ermittlungsverfahren voraus, in welchem der Wert des Abgabenobjekts und die Abgabenschuldigkeit entweder auf Grund behördlicher Abschätzung oder aber auf Grund der Selbsteinschätzung des Pflichtigen ausgemessen und in der erwähnten „Veranlagung" festgestellt wird. Dabei können amtliche Steuerregister, Steuerkataster usf. als Hilfsmittel Verwendung finden; sie dienen dazu, die Namen der Steuerpflichtigen aufzuführen und die steuerrechtlich erheblichen Tatsachen zu beurkunden.[29c] In diesem ganzen Verfahren bedient sich die Behörde der oben § 13 erwähnten Mittel des Verwaltungszwangs. Der Pflichtige kann nicht nur zwangsweise zur Erteilung wahrheitsgetreuer Auskunft über sein Vermögen angehalten werden, sondern muß

[29a] Preuß. OVG. 18. Oktober 1909 (Entscheidungen Bd. 55, S. 120; Bd. 43, S. 14; Otto Mayer I 394).

[29b] Entscheidungen des Preuß. OVG. Bd. 23, S. 149; Bd. 28, S. 117. Daraus zieht das Preuß. Oberverwaltungsgericht die weitere Folgerung, erst die Veranlagung und Heranziehung begründe die konkrete Steuerpflicht. Sei also z. B. der Pflichtige im Laufe des Steuerjahrs, aber vor der Veranlagung zur Gemeindeeinkommensteuer aus der Gemeinde weggezogen, so dürfe die Steuer von ihm nicht mehr erhoben werden (Entscheidungen Bd. 23, S. 149; Bd. 28, S. 117; Bd. 43, S. 56; Bd. 44, S. 9; Bd. 55, S. 161; Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 772; in gleichem Sinne Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 80, S. 374). Das geht m. E. zu weit. Veranlagung und Heranziehung bringen lediglich eine bereits bestehende gesetzliche Verpflichtung zu konkreter Geltung. In letzter Linie soll durch die Heranziehungsverfügung dem Gesetze selbst Wirkung verschafft werden. Hat aber das Gesetz eine Person als abgabenpflichtig erklärt, bleibt sie es, auch wenn der Termin der Veranlagung hinausgeschoben wird.

[29c] Vgl. z. B. das Bad. Veranlagungsgesetz v. 6. August 1900.

in einzelnen Fällen (z. B. bei der Erhebung indirekter Steuern, wie Tabak- und Branntweinsteuer) zeitweilig eine besondere staatliche Überwachung über seine Person und sein Vermögen dulden; er gerät in ein besonderes Gewaltverhältnis zur Finanzverwaltung (s. oben S. 155). Auch soweit von einer solchen besondern Kontrolle keine Rede ist, geht es bei der Erhebung der öffentlichen Abgaben in allen Stücken obrigkeitlich zu. Die Verfügung herrscht vor; zur Abschließung eines Vertrages mit dem Steuerpflichtigen darf die Finanzbehörde nur mit ausdrücklicher Erlaubnis des Gesetzgebers Hand bieten.[30] — Ob mit der Entstehung der einzelnen Abgabenforderung die Pflicht zu sofortiger Bezahlung des geschuldeten Betrags eintritt oder ob die Fälligkeit hinausgeschoben ist, ist für jede Abgabenart an Hand des Gesetzes besonders zu untersuchen.[30a] Eine allgemeine Verpflichtung, für eine rückständige öffentliche Abgabe Verzugszinsen zu entrichten, besteht nicht; die Zinspflicht ist eine Erweiterung der Abgabenpflicht; soll sie zulässig sein, so bedarf sie, wie die Hauptpflicht selbst, der gesetzlichen Grundlage.[30b]

[30] Vgl. oben § 12, S. 202ff., und dazu ferner: Entscheidungen des Preuß. OVG. Bd. 51, S. 148. Soergel, I S. 659, Nr. 16.

[30a] So können bei der Erhebung der Anliegerbeiträge Entstehung der Beitragspflicht und Fälligkeit des Beitrags auseinanderfallen u. a. m. Das neueste Beispiel s. im Gesetz über einen einmaligen außerordentlichen Wehrbeitrag v. 3. Juli 1913 § 51. Besitzsteuergesetz v. 3. Juli 1913 §§ 70ff.

[30b] Das ist sehr bestritten. Gegen eine Zinspflicht haben sich das Preuß. Oberverwaltungsgericht, der Badische Verwaltungsgerichtshof und früher auch das Sächs. Oberwaltungsgericht ausgesprochen. Preuß. Verw.-Bl. XXXIII 421; Parey, Rechtsprechung des Preuß. OVG. Erg.-Bd. 1907/09, S. 38 Nr. 4; Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. VIII 3 (Reger XXVI 474); Rechtsprechung d. Bad. Verw.-Ger. III S. 203 u. Soergel V 220. Auch bei der Steuerhinterziehung hat das Gesetz mit der Ermächtigung zur Einforderung eines Mehrfachen des hinterzogenen Betrags die vermögensrechtlichen Folgen des Falles abschließend geordnet; Verzugszinsen dürfen im Zweifel nicht noch dazu verlangt werden. Abweichend von dieser Auffassung dagegen erklärt heute eine Plenarentscheidung des Kgl. Sächs. OVG. v. 19. Oktober 1909, die öffentliche Verwaltung dürfe vom Pflichtigen für jede rückständige öffentlichrechtliche Geldzahlung Verzugszinsen fordern, auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung. Jahrbücher d. Kgl. Sächs. OVG. XIV 97; XIX 107 (Reger XXX 365); im selben Sinn hat sich das Bundesamt für Heimatwesen ausgesprochen. Reger XXVIII 114.

Die regelmäßige und einfachste Form der Abgabenentrichtung bildet die direkte Bezahlung des geschuldeten Betrags durch den Abgabenpflichtigen an die öffentliche Kasse. Für die Erhebung einzelner Abgaben hat die Gesetzgebung jedoch außerordentliche Formen ausgebildet. Dahin gehört vor allem die Verwendung des Stempels.[31] Es kann vorgeschrieben sein, daß der Abgabenpflichtige Urkunden rechtsgeschäftlichen Inhalts u. dgl. nur auf Papier ausfertigen darf, das mit einem Wertzeichen der Behörde (Stempel) versehen ist, oder, daß er auf Urkunden solcher Art Stempelmarken, die auf einen bestimmten Betrag lauten, aufzukleben hat. Das Gebot der Stempelung auferlegt die Abgabe.[32] Der Pflichtige ist genötigt, das Stempelpapier oder die Stempelmarken bei der Behörde zu kaufen.[33] Er verschafft sich damit das zur Entrichtung der Abgabe gesetzlich vorgeschriebene Zahlungsmittel. In der Benutzung des Stempelpapiers oder dem Aufkleben der Stempelmarken liegt die Entrichtung der Abgabe. Auf diese Weise hat sich die Gesetzgebung den Stempel zur Erhebung von Gebühren, von Beiträgen — man denke an die Beiträge zur Alters- und Invalidenversicherung[34] — und zur Erhebung von indirekten Steuern[35] nutzbar gemacht.[36] Das Wort Stempelabgabe weist somit nicht auf eine

---

[31] Otto Mayer, I S. 404. Rosin, Arbeiterversicherung II S. 414, 419. v. Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts II S. 542, Art. „Stempelsteuer" (Jacob). v. Heckel, Art. „Stempel und Stempelabgaben" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften VII[3] 923.

[32] Vgl. z. B. das Reichsstempelgesetz vom 3. Juli 1913. Danach sind Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte, Personenfahrkarten, Schecks usf. stempelpflichtig.

[33] Nach dem zitierten Reichsstempelgesetz v. 1913 § 80 stehen bei der Entrichtung der Scheckstempelabgabe beide Formen zur Wahl: Ausstellung der stempelpflichtigen Urkunde auf einem mit dem Reichsstempel versehenen Vordrucke oder durch Verwertung der erforderlichen Stempelmarke; s. auch § 98 (Versicherungen), § 107 (allg. Bestimmungen).

[34] Reichsversicherungsordnung §§ 1413ff.

[35] Das Reichsstempelgesetz v. 1913 verwendet den Stempel zur Erhebung indirekter Steuern. Vgl. dazu auch Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 78, S. 322.

[36] In seiner ursprünglichen Funktion war der Stempel im 17. Jahrhundert in Holland ein Quittungszeichen. Auch heute noch kann der Stempel die Bedeutung einer Quittung über eine geleistete Abgabenzahlung haben. Die in die Quittungskarte der Invalidenversicherung

besondere Art, sondern auf eine besondere Erhebungsform der öffentlichen Abgaben hin.[36a] — Zu Zwecken der Steuererhebung stellt ferner das Gesetz ausnahmsweise die Form des Monopols in den Dienst der Finanzverwaltung. Der Gesetzgeber behält durch Aufstellung eines an die Adresse aller Untertanen gerichteten Konkurrenzverbotes gewisse Tätigkeiten (Veranstaltung einer Lotterie, Herstellung und Verkauf von Alkohol, von Tabak usf.) ausschließlich der Staatsverwaltung vor. Dadurch setzt er die Behörde in die Lage, beim Verkauf der durch diese Tätigkeiten geschaffenen Erzeugnisse durch einen Zuschlag zum Preis (Monopolgewinn) von dem Käufer eine Steuer zu erheben. Ein anschauliches Beispiel liefert das preußische Lotterieregal: der Staat ist in Preußen allein berechtigt eine öffentliche Lotterie zu betreiben; bei der Gewinnverteilung an die Spieler zieht er von jedem Gewinn eine bestimmte Quote für die Staatskasse ein.[37]

---

eingeklebte Beitragsmarke erfüllt u. a. diese Funktion. Sie ist gesetzliches Zahlungsmittel und Quittung zugleich. Rosin, Arbeiterversicherung, II S. 419. Reger XXVIII 435. Über die geschichtliche Entstehung des Stempels s. v. Heckel, Finanzwissenschaft I S. 463. Koczynski, Vom Ursprunge der Stempelpapierabgabe (Finanzarchiv XXII 441). — Ausschließlich den Charakter einer Quittung besitzt die Stempelmarke nach dem Reichsstempelgesetz v. 1913 § 10 auf den stempelpflichtigen Aktien, Kuxen usf. Denn die Zahlung des Abgabenbetrags erfolgt in bar an die zuständige Steuerstelle, „welche auf dem vorzulegenden Wertpapiere Reichsstempelmarken zum entsprechenden Betrage zu verwenden oder die Aufdrückung des Stempels zu veranlassen hat". — Eine dem Stempel verwandte Form ist das Enregistrement d. h. die Erhebung von Abgaben für die Verurkundung von Rechtsgeschäften in öffentl. Büchern. v. Heckel, Art. „Registrierungsabgaben" im Handwörterbuch d. Staatswissenschaften VII[3] 61. Hauriou, Précis de Droit administratif[7], p. 753. Berthélemy, Droit administratif[7], p. 897.

[36a] Das Reichsstempelgesetz v. 1913 §§ 3, 38, 54, 55 u. a. verlangt, daß einzelne seiner Abgaben (Abgaben von Gesellschaftsverträgen, Spiel und Wette usf.) in Bargeld entrichtet werden; es sieht bei ihnen von einer Verwendung des Stempels ganz ab. Wenn es diese Abgaben trotzdem noch „Stempelabgaben" nennt, so liegt eine mißbräuchliche Verwendung dieses Wortes vor.

[37] Sie beläuft sich auf 14 Proz. für die Staatskasse und $1^1/_2$ Proz. für den Einnehmer. Strutz, Art. „Lotterie" im WB d. Verw-R[2] II 787. Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verwaltung, Art. ‚Lotterie" II[2] S. 87; Art. „Monopole" II[2] S. 160. Handwörterbuch

Wie oben S. 391 hervorgehoben wurde, haftet der Pflichtige für die Entrichtung der Abgabe regelmäßig persönlich und mit seinem ganzen Vermögen.[37a] Diese persönliche Haftung kann aber durch andere Sicherungsmittel verstärkt werden. Ob die Finanzbehörde derartige Sicherheiten vom Schuldner verlangen darf, und von welcher Art diese sein müssen, das hängt nicht vom freien Ermessen der Behörde ab; denn diese besitzt bei der Erhebung öffentlicher Abgaben nicht die Befugnisse eines privatrechtlichen Gläubigers.[38] Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung bedeutet eine neue Belastung des Pflichtigen und gehört daher zum Vorbehalt des Gesetzes. Der Gesetzgeber hat auch hier nicht Alles über einen Leisten geschlagen, sondern die Sicherheiten den Bedürfnissen der einzelnen Abgabengattungen angepaßt. Für die Bezahlung einzelner Verbrauchssteuern (z. B. der Branntweinsteuer) haftet neben dem Hauptschuldner noch eine zweite Person;[39] bei der Erhebung der Zölle und der Brannt-

der Staatswissenschaften VI[3] S. 524, Art. „Lotterie" von M. v. Heckel. Entscheidungen des Preuß. OVG. Bd. 33, S. 82; Entscheidungen des Preuß. OVG. in Staatssteuersachen, XIII S. 213. Landmann, Gewerbeordnung I[6] S. 43. Über den Anschluß der übrigen deutschen Staaten, außer Hamburg und Königreich Sachsen, an die preußische Staatslotterie: Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung[21] § 135. — Analoge Fälle: Das schweizerische Alkoholmonopol (Milliet, Art. „Geistige Getränke" in Reichesbergs Handwörterbuch der schweiz. Volkswirtschaft II S. 122). Österreichisches Tabakmonopol: Kulisch, Österreichisches Gewerberecht I[2] 1912 S. 183. — Besonders lehrreich für die Entwicklung in Deutschland ist der Übergang vom Salzregal zum Salzmonopol und von diesem zur modernen Salzsteuer. Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung II[2] S. 446, Art. „Salzabgabe". v. Heckel, Art. „Salz- und Salzsteuer" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften VII[3] 174.

[37a] Über die Haftung von Miteigentümern für öffentliche Abgaben s. Thelemann im Preuß. Verw.-Bl. XXXIV 571.

[38] Vgl. oben S. 135.

[39] Nach dem Tabaksteuergesetz §§ 25 und 29 haftet zunächst für die Entrichtung der Steuer die Person, welcher die Gestellung des Tabaks zur amtlichen Verwiegung obliegt. Bei der erstmaligen Veräußerung des Tabaks wird jedoch der Käufer zur Entrichtung der Steuer verpflichtet; doch bleibt der Erstverpflichtete für die Steuer so lange haftbar, bis er von der Steuerbehörde ausdrücklich von der Haftung entbunden wird. — Beispiele für eine Gesamthaftung eines ersten Pflichtigen und seines Besitznachfolgers: Reichszuwachssteuergesetz v. 1910, § 32 und Badisches Ortskirchensteuergesetz v. 1906, Art. 17.

weinsteuer darf sich die Finanzbehörde, wenn der Pflichtige nicht zahlt, an die in ihrem Gewahrsam stehende Ware halten, auf der die Abgabe lastet;[40] Anliegerbeiträge und Kanalisationsbeiträge können dergestalt mit Grundstücken verknüpft sein, daß für sie der jeweilige Eigentümer des Grundstücks haftet und die Behörde überdies ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück besitzt;[41] andere Abgaben genießen einen Vorrang bei der Zwangsversteigerung;[42] endlich aber kann die Finanzbehörde gesetzlich ermächtigt sein, vom Schuldner für die Erfüllung einer Abgabenpflicht hypothekarische Sicherheit zu verlangen[43] u. a. m.

Die Ansprüche auf öffentliche Abgaben sind regelmäßig noch nach andern Richtungen privilegiert. So ist dem Steueranspruch gegenüber jede Aufrechnung ausgeschlossen,[44] und auch im übrigen findet keine Aufrechnung einer privatrechtlichen For-

---

[40] Vereinszollgesetz von 1869, § 14; vgl. dazu die Erläuterungen von Hoffmann in Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen II[4] S. 32ff. Reichsbranntweinsteuergesetz, § 8.

[41] Zwangsversteigerungsgesetz v. 1897, § 10, Ziff. 3. BGB. §§ 436, 1047, Endemann, Bürgerl. Recht II (9. Aufl.) S. 682. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 713. Germershausen, Wegerecht, I S. 844. Walz, im Verwaltungsarchiv XIV 387. Kamptz u. Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts I S. 475. Stoelzel, Rechtsweg 142. Soergel, I S. 81, Nr. 11; V 220. Württemberg. Bauordnung v. 1910, Art. 99. Bad. Rechtspraxis 1912, S. 257. Die verschiedenen Fälle von „Dinglichkeit" einer öffentlichen Abgabe hebt scharf auseinander das Urteil des Preuß. OVG. v. 26. Januar 1909 (Entsch. Bd. 54, S. 76). Vgl. auch oben § 10, S. 135ff.

[42] Einf.-Gesetz z. Zwangsversteigerungsgesetz § 4. Lüttich, Gemeindeabgaben in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 37, S. 299).

[43] In dieser Weise können namentlich Straßenanliegerbeiträge sichergestellt werden. Vgl. oben S. 60. Über die Form der Sicherstellung (Sicherungshypothek): EG. z. BGB., Art. 91. Göz, Verwaltungsrechtspflege S. 397. Walz, im Verwaltungsarchiv XIV 387. Soergel, I S. 54. Nr. 1184; S. 613, Nr. 12; S. 614, Nr. 15; S. 618, Nr. 14. Nach dem Gesetz über d. Wehrbeitrag v. 1913 § 52 kann die Stundung des Wehrbeitrags von einer „angemessenen Sicherheitsleistung" abhängig gemacht werden. Besitzsteuergesetz v. 1913 § 71.

[44] Soergel, I S. 30, Nr. 387; V 507. Entsch. d. Preuß. OVG. Bd. 56, S. 130 (Aufrechnung einer privatrechtl. Forderung gegen Anliegerbeiträge). Graf, Können privatrechtliche Forderungen mit solchen des öffentlichen Rechts aufgerechnet werden? (Jahrbücher d. Württemberg. Rechtspflege Bd. 24, S. 374).

derung mit einem auf dem öffentlichen Rechte beruhenden Anspruch statt.[45] Es verjähren ferner öffentlichrechtliche Ansprüche erst nach dreißig Jahren;[46] kürzere Verjährungsfristen hat jedoch die neuere Gesetzgebung für einzelne Arten öffentlicher Abgaben (Steuern, Versicherungsbeiträge usf.) im Interesse der Rechtssicherheit der Bürger eingeführt.[47]

Man hat häufig behauptet, es gehöre zu den Privilegien der öffentlichen Verwaltung, daß sie gegen die Forderung des Abgabenpflichtigen auf Rückerstattung des aus Irrtum zuviel Gezahlten geschützt sei. Diese Behauptung geht zu weit. Wenn der Bürger den Nachweis erbringt, daß eine Abgabe von ihm gar

---

[45] Reger XXVIII 263. Es darf deshalb eine öffentliche Kasse auf eine von einem Privaten gegen sie erhobene privatrechtliche Forderung einen Steueranspruch nicht aufrechnen; denn zur Eintreibung öffentlicher Abgaben stehen ihr nur die besonderen Zwangsmittel zur Verfügung, welche das Gesetz bezeichnet. Hartmann in der DJZ. XVII 1519. Andrer Ansicht: Reichsgericht i. Civils. Bd. 77 S. 411. Zulässig ist dagegen eine Aufrechnung privatrechtlicher Ansprüche der Bürger mit privatrechtlichen Ansprüchen öffentlicher Kassen: BGB. § 395. Das Gesetz kann ferner die Aufrechnung eines öffentlichrechtlichen Anspruchs auf einen andern öffentlichrechtlichen zulassen: nach der RVO §§ 223, 622, 1324 usf. dürfen auf die Ansprüche der Versicherten geschuldete Beiträge, gezahlte Vorschüsse, Geldstrafen u. dgl. aufgerechnet werden. Reger XXI 60; XXIII 267.

[46] Windscheid-Kipp, Pandekten I § 110. BGB. § 195. Gerhardt, Verjährung öffentlichrechtlicher Ansprüche (Boschers Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit in Württemberg, Bd. 43 [1901] S. 104). Bayrischer Verwaltungsgerichtshof v. 29. Januar 1902 (Sammlung von Entscheidungen des bayrischen Verwaltungsgerichtshofs XXIII, 157). Soergel IV S. 444. Vgl. auch oben S. 59 Anm. 27.

[47] Beispiele: Der Anspruch der Versicherungsträger auf Rückstände verjährt, von Ausnahmen abgesehen, in zwei Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres der Fälligkeit. (RVO. § 29.) Forderungen von Zollgefällen verjähren binnen Jahresfrist, von dem Tage an gerechnet, an welchem die Ware in den freien Verkehr gesetzt worden ist. (Vereinszollgesetz § 15.) Wehrbeitrag und Reichsbesitzsteuer verjähren in 4 Jahren, vom Schluß des Fälligkeitsjahres an gerechnet (Wehrbeitragsgesetz § 55, Besitzsteuerges. § 75). Nach dem preuß. Kommunalabgabengesetz v. 1893 § 84 erstreckt sich die Verpflichtung zur Nachzahlung von Steuern auf drei Rechnungsjahre zurück. Die Verbindlichkeit zur Nachzahlung einer hinterzogenen Steuer verjährt in zehn Jahren (für die Erben in fünf Jahren); die Verjährung beginnt mit Ablauf des Rechnungsjahres, in welchem die Hinterziehung begangen wurde (leg. cit. § 83).

nicht oder nicht in der behaupteten Höhe hat erhoben werden dürfen, so muß die Behörde den zuviel gezahlten Betrag zurückerstatten. Eine Einschränkung erleidet dieser Satz nur in den Fällen, in denen eine Steuerveranlagung auf Grund der Selbsteinschätzung des Pflichtigen erfolgt ist und das Gesetz in diesem Verfahren dem Pflichtigen ausreichend Gelegenheit zu Prüfung und Beschwerde gegeben hat;[48] denn damit hat sich der Staat gegen nachträgliche Einwendungen sicherstellen wollen. In allen andern Fällen aber ergibt sich die Pflicht zur Rückerstattung des zu Unrecht erhobenen Betrages aus der Pflicht der Behörde, den Bürger nicht über das gesetzliche Maß hinaus zu belasten.[49] Man

---

[48] Soergel, I S. 427, Nr. 18 (Baden); und S. 715, Nr. 80 (Württemberg). Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege für den Kanton Basel-Stadt v. 9. März 1905 § 7 läßt die Rückforderung ganz allgemein zu auf den Nachweis des Rekurrenten hin, „daß er sich über Existenz oder Umfang seiner Schuldpflicht in einem entschuldbaren Irrtume befunden habe"; aber es läßt den Rückforderungsanspruch schon in einem Jahr verjähren, „vom Schlusse des Kalenderjahrs an gerechnet, in dem die Leistung entrichtet worden ist".

[49] Rechtsprechung d. Bad. Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 357. Über das Verfahren s. oben S. 172, und Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 75, S. 40; Bd. 76, S. 17; Bd. 78, S. 418. Stölzel, Rechtsweg S. 110ff. Entscheidungen d. Schweiz. Bundesgerichts Bd. XXXIII (1907) T. 2 S. 702; XXXIV (1908) T. 1, S. 61. Die Rückforderung ist allgemein zugelassen in der bayrischen Praxis. Soergel II S. 532. Über Preußen: Kamptz u. Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts I S. 194, Nr. 9. Reger XXVIII 219. Emil Herzog, Rechtsmittelverfahren und Rechtskraft S. 117. Auch der Rückforderungsanspruch verjährt und zwar im Allgemeinen in derselben Frist, in der der Anspruch des Staats gegen den Bürger auf die betreffende Abgabe verjährt. Vgl. z. B. Vereinszollgesetz v. 1869 § 15 (und dazu Hoffmann in Stengleins Kommentar zu den strafrechtl. Nebengesetzen II[4] S. 35). Beschluß d. Bundesrats v. 21. März 1912 betr. Nach- und Rückzahlung von Reichsgefällen (Zentralblatt f. d. Deutsche Reich 1912, S. 291; 1913 S. 1041). Württembergisches Einkommensteuergesetz v. 1903, Art. 80 (drei Jahre). Vgl. jedoch Krug im Preuß. Verw.-Bl. XXXII 131. Die öffentlichrechtliche Rückforderung untersteht formell nicht den Grundsätzen des BGB. §§ 812ff. Ist dem Kläger der Beweis gelungen, daß ihn die Behörde wider das Gesetz überlastet hat, so muß ihm von Amtswegen und ohne weitere Förmlichkeit das zuviel Gezahlte zurückerstattet werden. Sein Vermögen ist auszugleichen. Daher schuldet ihm die öffentliche Verwaltung Zinsen für den zurückzuerstattenden Betrag. Denn nach der herrschenden Verkehrsauffassung drückt sich im Zins der Gebrauchswert

wende nicht ein, die Rückforderung sei in den meisten Staaten gesetzlich nicht geregelt, also sei sie nicht anerkannt. Denn gerade dieses Fehlen spezialisierter Vorschriften verschafft uns die Freiheit, aus den obersten Grundsätzen des Rechtsstaates abzuleiten, was für die größten wie für die kleinsten Erscheinungen des Lebens Rechtens ist.

---

des Kapitals aus. (Endemann, Bürgerl. Recht I[9] S. 683). Diesen Gebrauchswert hat der Staat dem Rückforderungskläger zu ersetzen — nicht mehr jedoch, als diesen; also nur Zinsen in landesüblicher Höhe, Vergütungs-, nicht Verzugszinsen. Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs III Nr. 366. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze III S. 58, Nr. 13. Anders die herrschende Meinung; sie gesteht dem Kläger Anspruch auf Verzugszinsen zu. Soergel, I S. 444, Nr. 5; II 20. Reger, Erg.-Bd. I 382; XXVIII, 114; XXI 176; XX 434. Wohlers-Krech, Unterstützungswohnsitzgesetz, Bemerkung 25 zu § 28. Unger, Über die Haftung des Staats für Verzugs- und Vergütungszinsen (Grünhuts Zeitschrift f. d. Privat- u. öffentliche Recht Bd. 31, S. 11). v. Gehe, in Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung d. Verwaltung Bd. 34 S. 134. Hauriou, Précis de Droit administratif, 7 éd. p. 382, 787.

Register.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

Abänderung von Verfügungen 188 ff.
Abgaben, öffentliche 389 ff.
— Vererbung 143, 145.
— Verpachtung 138.
Abdecker 54.
Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht 50 ff.
Absinthverbot 275, 277.
Absperren des Geländes 307.
Absonderung, sanitare 286.
Abtretung, unentgeltliche von Grundstücken 388.
Abwälzung der Steuern 392.
Abwehrende Mittel 117, 118.
Actio negatoria 58, 305, 336, 383.
Adelsprädikat 24.
Adjazentenbeiträge s. Anliegerbeiträge.
Administration s. Verwaltung.
Administrativ-kontentiöse Sachen 40.
Administrativjustiz s. Verwaltungsgerichtsbarkeit.
Änderung der Voraussetzungen 193.
Akademie 307.
Aktiengesellschaft 162.
— Besteuerung 394.
Allgemeinbefehle 125, 126.
Allgemeine Ermächtigungsklausel 367.
Allgemeines preuß. Landrecht 124, 281, 361, 367.
Allgemeinverbindlichkeit 125.
Alkoholmonopol 277, 403.
Alte Rechtsame 54, 55, 340.
Altes Gewohnheitsrecht 83, 84.
Alters- und Invalidenversicherung 104, 402; s. auch Arbeiterversicherung.
Amt der Polizei 124.
Amtsdelikte 261.
Amtsgebäude s. Dienstgebäude.
Amtskautionen 60.
Amtskörperschaften, württembergische 105, 109.
Amtspflicht dem Dritten gegenüber 262.
Amtspflichtverletzung 261 ff.
Analoge Anwendung des Zivilrechts 59.
Androhung der Zwangsmittel 207.
Anfechtung einer Verfügung 196.
Anfechtungsklage 242.
Angestellte 262.
— technische 265 f.
Angestelltenversicherung 104.
Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft 269.
Anliegerbeiträge 79, 345, 366; s. auch Straßenanliegerbeiträge.
Anliegerlasten 136.
Anliegerpflichten 388.
Anliegerrecht 288, 351 ff.
Anmeldungspflichten 153.
Annullation s. Ungültigkeit.
Ansiedlungsgesetz 220.
Anspruchbegründende Staatsakte 171 ff.
Ansprüche, öffentlich-rechtliche 154, 162 ff., 218.
Anstalten, öffentliche 67, 97, 103 ff., 299 ff.
Anstaltsbenutzung 311 ff.
Anstaltsdisziplin 157.
Anstaltsgewalt 155, 313.
Anstaltsordnungen 158, 313.
Anstaltspolizei 307 ff., 364.
Anstaltsräume 315 ff., 335.
Anstellung von Beamten 113, 183.
Anstrich der Häuser 371.
Anzeige 221.
Apothekengerechtigkeit 192.
Apothekenprivilegien 54.
Appellation 34, 35.
Approbation des Arztes 378.
Arbeiterschutz 366.
Arbeiterversicherung 80, 96, 97, 101, 104, 106, 302, 311, 398, 399, 402.
Arbeitsordnungen 146.
Arbeitszwang 366.
Armenspeisung 387.
Armenunterstützung 166, 173.
Armenwesen 96, 108.
Aufbewahrungsvertrag 314, 315.
Aufenthalt 108.
Aufgaben der Selbstverwaltungskörper, fakultative und obligatorische 105, 106.
Aufhebung subjektiver Rechte 55.
Auflagen 180, 381.
Auflösung eines Vereins 216.
Aufrechnung gegenüber öffentl. Abgaben 405.
Aufruhr 287.
„Aufsatzinstitut“ 307, 308.

Aufschiebende Wirkung Beschwerde 224; Verwaltungsstreitverfahren 249.
Aufsicht, staatliche 305; s. auch Staatsaufsicht, Überwachungsgewalt.
Aufsichtsgewalt 93, 116, 117, 185, 196, 221.
Aufsicht über konzedierte Anstalten 323.
Auftrag im öff. Recht 59.
Aufwandsentschädigung 144.
Ausdehnungsrecht bei Expropriation 293.
Ausführungsgesetze 71.
Auskunftspflicht 215, 367, 387.
Ausländer 385, 393.
Auslegung des Rechts 55 ff.
Ausschließungsrecht 322.
Außerdienststellung einer öffentl. Sache 334.
Außerkraftsetzung einer Verfügung 196.
Aussicht auf Straße 350.
Austräge 32.
Auswärtige Verwaltung 8.
Automobile 368, 380.
Autonomes Gewerberecht 80.
Autonomie 78 ff., 116.

B.

Badekarren 349.
Badekonzession 354.
Baden, Verwaltungsgerichtsbarkeit 232.
Bähr, Otto 231.
Bahneinheit 325, 357.
Bahnhofwirtschaften 303.
Bahnpolizei 325.
Basel-Stadt Festungswerke 331; Verwaltungsgerichtsbarkeit 232; Universität 300.
Baudispens 129.
Baugenehmigung s. Baukonsens.
Baufluchtlinien 344, 364.
Baukonsens 378.
Baulastenbuch 144.
Baulinien s. Baufluchtlinien.
Bauplan s. Bebauungsplan.
Baupolizeiliche Bewilligung s. Baukonsens.
Baupolizeirecht 368.
„Baurecht" 357.
Bausperre 286; s. auch Bauverbote.
Bauverbote 161, 275, 309, 310, 344.
Bayrisches Heimatrecht 108.
Beamte 92; s. auch Anstellung, Beamtenhaftpflicht, Berufsbeamte, Ehrenbeamte, Selbstverwaltungsbeamte.
Beamtenernennung 92.
— stillschweigende 181.
Beamtengehalt 145, 192, 288.
Beamtenhaftpflicht 64, 65, 261 f., 314 ff.
Beamteninstruktionen 63 ff.
Beamtenpension 144.
Beamtenverhältnis 57, 182.
Bebauungsplan 344.
Bedingungen 180, 381.
— baupolizeiliche 223; in Polizeierlaubnis überhaupt 381.
Bedürfnis, öffentliches 133 ff.
Bedürfnisnachweis bei Schankkonzessionen 245, 247, 380.
Beerdigung s. Begräbnisplätze, Leichenbestattung.
Befehlsgewalt s. Herrschaft.
Befreiung von öffentlichen Pflichten 127 ff.
Befriedigung zwangsweise öffentlich-rechtl. Ansprüche 218 ff.
Befristung 180.
Beglaubigung einer Unterschrift 264.
Begnadigung 129.
Begräbnisplätze 328, 337; s. auch Simultangebrauch.
Begründung der Verfügungen 180.
Behörden als Beschwerdeführer 224, 252.
Beiladung 252.
Beiträge 397 ff.
— in der Arbeiterversicherung 398, 399.
Beitrittszwang 101 ff.
Bekanntmachung s. Verkündigung.
Belästigungen der Nachbarn 305 ff., 371.
Benutzungsgebühren 313 ff., 395.
Benutzung öffentlicher Sachen 329.
Benutzungszwang 311 ff.
Bereicherungsanspruch 172.
Bergausschuß 240.
Berggesetz, preuss. 77.
Bergregal 317.
Bernsteinregal 317.
Berufsbeamte 98.
Berufsgenossenschaften 80, 96, 156.
Berufung 249, 250.
Beschlagnahme 214.
Beschlußbehörden 223.
Beschlußverfahren 223.
Beschränkungen, polizeiliche 359 ff.
Beschränkt öffentliche Wege 349.
Beschwerdefrist 221, 224.
Beschwerdeinstanzen 222.
Beschwerdelegitimation s. Legitimation.
Beschwerdeverfahren 222 ff.
Besitzänderungsabgabe 382, 392.
Besitznachfolger 140.
Besonderes Opfer 282, 284, 285.
Besonderes Gewaltverhältnis s. Gewaltverhältnis.
Bestandteile einer Sache 356.
Bestätigung s. Genehmigung.
— staatliche von Satzungen 82; von Wahlen der Kommunalbeamten 119.
Bestimmtheit einer Verfügung 177.
Bestreuungspflicht 74.
Betriebspflicht 322.
Betriebsverwaltungen 301.
Betrug 198.
Beurkundungen 176.
Bewässerungsanlage 348.
Beweisanträge 249.
Bezirksausschuß, preuß. 94, 223.
Bezirksrat, badischer 94, 223.
Bezirksrat, württembergischer 105.
Bienenstöcke 370.

Bindung der Gerichte an Verwaltungsakte 23.
Blankettstrafgesetze 78, 127.
Bordelle 378 s. auch Prostitution.
Boykott 375 s. Koalitionsfreiheit.
Brauteinzugsgebühren 108.
Brücken 320.
Brückenzoll 395.
Bücher, öffentliche 176.
„Bürger" 121.
Bürgergemeinden 107 ff.
„Bürgernutzen" 107, 137, 166, 280.
Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten 13 ff., 30.
„Bürgerschaft" 92.
Bürgschaft für öffentliche Abgaben 404.
Bundesgericht, nordamerikanisches 125; schweizerisches 125.

C.
(s. auch K und Z)

Chausseegeld 395.
Clausula rebus sic stantibus 193, 194, 259.
Condictio indebiti 171, 172; s. auch Rückforderung.
Concludente Handlungen 181.
Conseil d'Etat 229.
Conseil de préfecture 229.
Contentieux administratif 229.
Contrats administratifs 48, 184.
Contribution de la plus-value 398.

D.

Dänische Nationalfarben 371.
Deichverbände 100, 389.
Deichwesen 100, 389.
Delegation des Verordnungsrechts 71 ff.
Deliktsfähigkeit juristischer Personen 153.
Demokratie 98, 125.
Denkmalpflege 365.
Derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts 86.
„Deutsches Verwaltungsrecht" 62.
Devolutiveffekt 225.
Diäten s. Aufwandsentschädigung.
Dienstanweisungen 62.
Dienstaufsicht 93, 114.
Dienstbarkeit s. Wegeservitut.
Dienstbefehle 62, 93, 262.
— rechtswidrige 157, 262.
Dienstbeschädigung 24.
Dienstgebäude 336.
Dienstgewalt 155.
Dienstinstruktion s. Dienstbefehle.
Dienstpferde 335.
Dienstwohnung 203.
Dingliche Rechte an öff. Sachen 333.
— — Entziehung 290 ff.
Dinglichkeit öffentl. Abgaben 405.
— öffentl. Pflichten 141, 144.
Diplomatisches s. auswärtige Verwaltung.
Direkte Steuern 392.
Dividende, Besteuerung 394.
Dispensation 128 ff., 161.
Disziplinarentscheidungen 24.
Disziplinargewalt 155 ff.
Doktortitel, Entziehung 198.
„Domaine public" 331.
Doppelbesteuerung 394 ff.
Dotationen, staatliche 100.
Duldungspflichten 309.
Durchbrechungen des gemeinen Rechts 127 ff.

E.

Ehefreiheit 108.
Ehehaften 54.
Ehemann, öffentl. Pflichten 149.
Ehrenamt 94.
Ehrenbeamte 94, 235, 239.
Ehrentitel 192.
Eigentum an öffentl. Sachen 330.
Eigentum
Erhaltung in polizeigemäßem Zustand 367; s. auch öffentl. Eigentum.
Eigentumsbeschränkungen, öffentlichrechtl. 308, 323, 362.
Eigentumsfreiheit 362.
Eigentumsgarantie 122, 243, 282.
„Eigentum und Freiheit" 34.
Eigentümer-Haftung 335.
Eigentumslosigkeit 329.
Eigentumsverhältnisse an öffentl. Flüssen 346 ff.
Eingriffe, gesetzgeberische 276.
— polizeiliche 338, 361, 368.
— privatrechtliche 278.
— in Freiheit und Eigentum 122 ff.
— in Gemeindeautonomie 123.
— in Selbstverwaltung 120.
— obrigkeitliche in das Vermögen 274.
Einkommensteuer 392.
Einnahmen, privatwirtschaftliche 128.
Einquartierung s. Quartierlast.
Einspruch 221.
Einspruchsverfahren 191, 221, 380.
Einstellungsklage 306, 383, s. auch Actio negatoria.
Eintreibung s. auch Zwangsbeitreibung.
— von öffentlichrechtlich. Geldforderungen 219.
— von Steuern 207, 400.
Einwohnergemeinden 107 ff.
Einzelbefehle 126 ff.
Einzelverfügung 127.
Einziehung eines Weges 342.
Eisenbahnabgabe 397.
Eisenbahnbelästigungen 306.
Eisenbahnen 320, 324 ff.; s. auch Bahneinheit, Bahnpolizei, Heimfall, Pfändung, Rückkauf, Staatseisenbahnen, Verstaatlichung.
Eisenbahnkonzession 139, 182, 192, 281, 288, 324 ff.
Eisenbahn-Postgesetz 322.
Eisenbahnverkehrsordnung 73.
Eiswege 343.
Elektrizitätswerke 301.
England 36, 39, 99, 232.
Enregistrement 403.
Entgelt s. Gebühr.

Enteignung s. Expropriation.
Entlassungsurkunde 207.
Entschädigung s. auch Schadenersatz.
Entschädigung, öffentlichrechtliche 143, 273 ff., 307, 311, 323, 324, 352.
Entwässerungsanlagen 348.
Entziehung von Privatrechten 278 ff., 290 ff.
Enumerationsmethode 241.
Erbbegräbnis 340.
Erben als Rechtsnachfolger 139 ff.
„Erbliche Mitgliedschaft" 142.
Erbschaftssteuer 392.
Erfüllungsgehilfe 148.
Erfüllung öffentlicher Pflichten 61.
Erhebung öffentlicher Abgaben 400.
Erker 353, 396.
Erlaß s. Steuererlaß.
Erlaubnis s. Polizeierlaubnis.
Ermessen, freies 6, 131, 132 ff., 223, 283, Mißbrauch 134, 245, 367; Überschreitung 134, 197, 245.
Ermessensfragen 134, 244, 376.
Ermittlungsverfahren 190.
Ernennung s. Beamtenernennung.
Ersatzvornahme 212.
Ersitzung von Rechten an öffentl. Sachen 334.
Erweiterungen des Rechtsweges 15, 230, 272.
Erworbene Rechte s. wohlerworbene Rechte.
exceptio rei judicatae s. Rechtskraft.
executio ad faciendum 206.
executio ad solvendum 206.
Exekution s. Verwaltungszwang.
Exekutive 92.
— Organe 208.
Exekutivstrafe s. Ungehorsamstrafe.
Expropriation 41, 279, 290 ff.; Entschädigung 136, 240, 294, 295; Feststellung der Entschädigung 240; öffentlicher Sachen 334; Recht zur E. 138, 291; Verfahren 295; Verträge 203, 296; s. auch Rechtsweg, Schätzungskommission.

F.

Fabrikordnung s. Arbeitsordnung.
Fähren 275, 320, 353.
Fährekonzession 320.
Fähreregal 54, 353.
Fäkalienabfuhr 301.
Fehlerhafte Staatsakte 194.
Feldbereinigung 292.
Feststellungsklagen 253.
Festungswerke 328, 331.
Feuerbestattung 380.
Feuerversicherungsanstalten 397.
Feuerwehren 386.
Filmszensur 379.
Findung des öffentl. Rechts 55 ff.
Finanzdelikte 14, 206, 273.
Finanzregulative 158.
Finanzvermögen 327.
Finanzverwaltung 8.
Fischerei 54, 275, 354.
Fischereiregal 354.
Fiskalgut 327.
Fiskalische Sachen 36.
— Unternehmungen 301.
Fiskus 36, 40 ff., 49, 265; s. auch Prozesse.
Fiskustheorie 36 ff.
Flaggenrecht 151.
Flößerei 54 ff., 347, 349, 354.
Flößereiregal 354.
Fluchtlinien s. Baufluchtlinien, Straßenfluchtlinien.
Flüsse, öffentliche 330, 346 ff. Anlieger 353; Bett 330, 347; Regulierung 275; Verunreinigung 351.
Formalakte 198.
Formaldelikte 205, 206.
Formelle Gesetze 180.
Formmängel 196.
Forstpolizei 366.
Frankreich 10 ff., 31, 38, 99, 229, 361.
Freies Ermessen s. Ermessen.
Freiheit, persönliche 215, 243; s. auch Eingriffe.
„Freiheit und Eigentum" 122.
Freiheitsrechte 165, 167 ff., 362. 363.
Freiwillige Gerichtsbarkeit 16.
Freiwillige Übernahme öffentlicher Pflichten 158 ff.
Freizügigkeit 108.
Friedhöfe s. Begräbnisplätze.
Fristen s. Beschwerdefrist, Verjährungsfrist.
Frohnden 387.
Fronleichnam 371.
Fürsorge, obrigkeitliche 266, 302, 313.
Fürsorgeerziehung 366.
Fundsache 315.
Funkenwurf 281.
Funktionen, staatliche 4.

G.

Gasanstalten 301.
Gebietskörperschaften 107, 109.
Gebühren 56, 395 ff.; Benutzungsgebühren 305, 313, 340; Verwaltungsgebühren 395.
Gebundene Tätigkeit 7.
Gefährdungen der öffentlichen Ordnung 374.
Gegenvorstellung 221.
Geheimer Rat Württembergs 228.
Gehörbelästigungen 371.
Gehorsamspflicht 155.
Geistliche Anstalten 180.
Geldbußen 209.
Geldwirtschaft 386.
Gemarkung 107.
Gemeinden 6, 79, 97, 106 ff.; Beamte s. Selbstverwaltungsbeamte; Behörden 104; Betriebe 301; Bürger 107; Gemeindegerichte 111; Gemeindesozialismus 106; Gemeindevereinigung 107; „Gemeindewerke" der Bürger 387; Schulden 107; Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden 219.

Gemeingebrauch 134, 349ff.; gesteigerter 353; Gemeingebrauchsachen 341; Schutz 350; Vorteile des Gemeingebrauchs 351.
Gemeine Lasten 386.
„Gemeines Verwaltungsrecht“ 61.
Gemischte Rechtsverhältnisse 41.
Genehmigung s. Konzession; Ortsstatuten 119.
Genehmigungsverfahren 221, 305, 380.
Genehmigungspflichtige Gewerbe 378.
Generalklausel in den Verwaltungsgerichtsgesetzen 241ff.
Genossenschaften, öffentliche 107ff.
Gendarmen 208.
„Gerechtigkeiten“ 54.
Gerichte, ordentliche 13, 261ff.
Gerichtsbarkeit 319.
— freiwillige s. freiwillige Gerichtsbarkeit.
Geruchsbelästigungen 376.
Gesamtakt 82ff.
Gesamthaftung für öffentliche Abgaben 404.
Gesamtnachfolge s. Rechtsnachfolge.
Gesamtverhältnisse, öffentlichrechtliche 50, 87, 200.
Geschäftsfähigkeit, öffentlichrechtliche 182.
Geschäftsführung ohne Auftrag 171ff.
Geschlechtskrankheiten s. Zwangsheilung.
Gesellschaft, öffentlichrechtliche 102.
Gestellungspflicht 215.
Gesetz 68ff., 122.
— formelles 17, 69.
Gesetzesform 180, 322.
Gesetzgebung 4, 17, 39.
Gesetzgeberische Eingriffe 276.
Gesetzmäßige Verwaltung 6, 121ff.
Gesetztes Recht 83.
Gesetzvollziehungsanspruch 163.
Gestaltungsverfügungen 177.
Gewaltanwendungs. Zwang.
Gewaltverhältnis, allgemeines 154.
Gewaltverhältnis, besonderes 63, 67, 155ff.
Gewässer, öffentliche 346ff.
Gewerbe 301; Gewerbefreiheit 108, 362; Gewerbekonzession 378; Gewerbeordnung 108, 304, 368; Gewerbepolizei 368; Gewerberecht, autonomes 80; Gewerbesteuer 304, s. auch Untersagung.
Gewohnheitsrecht 83ff., 283, 285, 289, 362.
Gletscher 330.
Glockengeläute 306.
Gneist, Rudolf 232.
Gräber 338, 340; Gebühren 340; „Konzession“ 340.
Gras- und Obstertrag öffentlicher Sachen 334.
Grenzen der Polizeigewalt 372ff.
Groß-Berlin 96.
Grundbuch 111, 136, 332; Grundbuchrichter 268.
Grundrechte 165, 168.
Grundverhältnis zwischen Staat und Bürger 121.
Gutsbezirke 101, 104.

H.

Hafenanlagen 320.
Haft 209, 216.
Haftung des Eigentümers 147; der Gemeinde für ihre Beamten 265ff.; des Staates für seine Beamten 266ff.; des Vereins für seine Organe 152; der Ware für Abgabenbetrag 405.
„Halbbeamte“ 95.
Handlungsunfähige s. Zwang.
Hand- und Spanndienste 388.
Hausanschlüsse 318.
Hauswirtschaftl. Betriebe 303.
Hegerecht 290.
Heilquellen 348; s. auch Quellenschutz.
Heilige Sachen 328.
Heilsarmee 376.
Heimatrecht 107ff.
Heimatschutz 365; s. auch Verunstaltung
Heimfall 325.
Heranziehung 141, 400.
Heroldsamt, preuß. 24.
„Herrenlose Sachen“ 330.
Herrschaft (imperium) 5, 99, 100.
Hessen-Kassel 38, 228.
Hierarchie s. Subordination.
Hinterlegungswesen 303, 314.
Höchstpersönliche Rechte 144.
Hoheitsrechte 31, 53; s. auch Herrschaft, Obrigkeitlich
Hosenrock 374.
Hundesteuer 175.
Hundegebell 376.
Hutverbot 375.
Hypothekarische Sicherheit 405.

I.

Immatrikulation 314.
Imperium s. Herrschaft.
Impfzwang 208, 215, 364.
Indigenat 152.
Indienststellung einer Sache 329.
Indirekte Steuer 392.
Individualrechte s. subjektive Rechte.
Individuelle Freiheitsrechte s. Freiheitsrechte.
Inhalt der Verfügungen 176; der verwaltungsrechtl. Verhältnisse 132.
Innere Verwaltung 8, 366.
Insinuation 181.
Instanzenzug, verwaltungsgerichtlicher 239ff.
Interessenbefriedigungsanspruch 162.
Interesse, öffentliches 133.
— rechtliches 222.
Interessentheorie 53.
Innungen, Beiträge 399; Statuten 80; Verbände 102.
Invalidenversicherung 104; s. auch Arbeiterversicherung.

Irrtum 83, 172, 198, 206, 261, 264, 272.
Italien 231.

J.

Jagd 354; Pachtverträge 19; Paß 380; Paßgebühren 391; Regal 317; Schädigungen durch Jagd 289; s. auch Wildschaden.
Judicium finium regundorum 52.
Jura quaesita s. wohlerworbene Rechte.
Jura regalia 317; s. auch Regalität.
Juristische Personen d. öff. Rechts 95 ff., 151 ff.; Haftung f. ihre Beamten 265 ff.; Zwang gegen jur. Personen 153, 208, 209.
Jus politiae s. Polizei.
Justiz 4, 7.
„Justiznormen" 36.
Justizsachen 36, 40, 360.
Justizschäden 281, 287.
Justizstaat 39 ff.
Justizverwaltung 8, 12, 16.

K.

Kabeleinlegung 356.
Kabinettsjustiz 10.
Kabinettsordres 123, 124.
Kaffeewirtschaften 189.
Kaliabgaben 391.
Kameralwesen 360.
Kanäle 346.
Kanalisation 311, 364.
Kanzelmißbrauch 373.
Kapitulanten 182, 183.
Karfreitag 371.
Kassendefekte 273.
Kassierung eines Weges 334, 342.
Kataster s. Steuerkataster.
Kautionen für öffentliche Abgaben 60, 137, 405.
Kinematograph 134, 379.
Kirchenbaulast 56.
Kirchengebäude 328, 329.
Kirchenglocken 306, 339.
Kirchenschlüssel 333.
Kirchensitz 340.
Kirchensteuern 151, 385.
Kirchenstuhlvorrechte 282, 340, 341.
Kirchliche Angelegenheiten, innere 373.
Kirchliche Korporationen 180.
Kirchwege 350.
Kioske 356.
Klage im Verwaltungsstreitverfahren 242, 250.
Kleinbahnen 326; s. auch Straßenbahnen.
Koalitionsfreiheit 74, 375.
Kollegialorgane 99.
Kollision von Enteignungsrechten 292.
Kommandogewalt 155.
Kommissar des öffentlichen Interesses 251.
Kommunalverbände 6, 79, 96 ff.; als Kaufleute 301; Kommunalverbände höherer Ordnung 97, 109.
Kommunionsdeichung 389.
Kompetenz der Behörden 12, 19, 20, 29, 52, 97, 179, 194; s. auch Zuständigkeit, Zivilgerichte.
Kompetenzgerichtshöfe 27 ff.
Kompetenzkonflikte 25 ff., 218, 249.
Konflikt bei Beamtenverfolgung 270, 271.
Konkubinat 370.
Konkurs 137; gegen Gemeinden 219; Konkursverwalter 150, 151.
Kontrahierungszwang 325.
Kontrolle s. Staatsaufsicht.
Kontrolldirnen 157; s. auch Prostitution.
Kontrollversammlung 373.
Konzessionen 317 ff.; Konzessionsgebühr 396; Konzessionär 322; Verletzung der Konzession 358; Konzessionsverträge 357, s. auch Polizeierlaubnis.
Kopfsteuer 392.
Korporationen, öffentlichrechtliche 101 ff.
Kraftersparnis, organisatorische 104.
Kraftfahrzeuge 368.
Kraftloserklärung einer Verfügung 196 ff.
Krankengeld 143.
Krankenhaus, öffentliches 300.
Krankenkassen 96; s. auch Arbeiterversicherung.
Kreise 91, 97.
Kreisausschuß, preußischer 105.
Kreuzberg-Denkmal 74, 365.
Krieg 8.
Kriegervereine 156.
Kriegsschäden 281, 287.
Kriegsschiffe 268, 337.
Kriminalstrafe s. Strafe.
Kronland 321.
Kühlraumgebühr 396.
Kugeln, verirrte 218, 305.
Kultuspolizei 371, 373.
Kundmachung der Verfügungen 181; s. auch Veröffentlichung.
Kurtaxe 399.

L.

Laband 46.
Lärm 371.
Landabtretung, unentgeltliche 388.
Landarmenverbände 96, 104; s. auch Armenwesen.
Landesherrliche Hoheitsrechte 31.
Landgemeinden 97, 111.
Landkonzessionen 321.
Landstraßen 343.
Lasten, öffentliche 136, 141, 144, 384 ff.
— gemeine 386; gemeinsame 200 ff.; Verbandslasten 388; Vorzugslasten 387.
Legitimation zur Beschwerde (Klage) 223.
Leichenbestattung, öffentliche 301, 337.
Leihhäuser, öffentliche 301.
Leistung an Zahlungsstatt 295, 389.
Lex Adickes 293.
Lichtspiele s. Kinematograph.
Literatur, verwaltungsrechtliche 45, 46.
Löscharbeiten 287.
Lotsen 95, 266.
Lotterieregal 403.
Lücken in Gesetzen 121.

Luftsäule 350, 353.
Luftschiffhalle 304.
Lustbarkeiten 390.

M.

Machtsprüche 10.
Mängel der Verfügungen s. Ungültigkeit.
Marken s. Quittungskarten.
Markgemeinden 107.
Matrikularbeiträge 399.
Mayer, Otto 46.
Meeresstrand 131, 134, 349.
Mehr- und Minderbelastung 397.
Mehrleistungen der Arbeiterversicherung 106.
Menschen- und Bürgerrechte 361.
Methoden, verwaltungsrechtliche 46.
Militär 155.
Anstaltspolizei 307; Militäranwärter 65; Schießübungen 218, 305; Truppenübungen 307, 310; Verwaltung 8; Waffengebrauch 208; s. auch Kapitulanten.
Militärpferde 336.
Militärtauglichkeit 24.
Mittelbare Reichs- und Staatsbeamte 112.
Moabiter Unruhen 208.
Monopole 317, 403.
Monopolgewinn 403.
Montesquieu 10.
Mückenplage 370.
Mündlichkeit 180.
Münzregal 319.

N.

Nachbarhilfe 388.
Nachbarrecht 370.
Nachbesteuerung 191.
Nachlaß s. Erben.
Nachsteuer 198, 408.
Nachträgliche Auflagen 383.
Nachtruhe 371, 374 ff.
Naturaldienste 387.
Naturalisation 182 ff., 198.
Naturalleistungspflichten 384.
Naturalwirtschaft 385 ff.
Naturrecht 33, 361.
Nebenbestimmungen bei Verfügungen 180.
Nebenbetriebe der Eisenbahnen 303.
Nebenintervention 252.
ne bis in idem 210.
Negativer Kompetenzkonflikt 28.
negotiorum gestio 171, 172.
ne procedat judex ex officio 249.
Neue Beweismittel 225.
Nichtigkeit der Verfügungen 18, 194 ff., 202.
Nichtigkeitsbeschwerde 222.
Nicht-Störungspflicht 364.
Nicht-Rückwirkung 88.
Niederlassung 107, 108.
Niveauveränderungen 351.
Nordamerika 125.
Notar 264, 265.
Nothilfe 386.
Notstände, staatliche 217 ff., 309.
Notverordnungen 75.
Notweg 309, 343.
Nova s. neue Beweismittel.
nulla poena sine lege 76, 77.

O.

Objektsteuern 391.
Obrigkeitliche Handlungen 5, 52, 53, 265; s. auch Herrschaft.
Objektives Recht 81 ff., 163 ff.
— Schutz des objektiven Rechts 244.
Oblastenbuch 144.
Observanz 84 ff.; s. auch Gewohnheitsrecht.
Octroi-Reglement 88.
Oktroyirte Polizeiverordnung 76.
Öffentliche Abgaben 389 ff.
Öffentliche Anstalten 299.
Öffentliche Flüsse 330, 346 ff.
Öffentliche Gewalt 265 ff.
Öffentliche Lasten 141, 384 ff.
Öffentliche Ordnung 370 ff., 372 ff.
Öffentliche Orte 373.
Öffentliche Sachen 327 ff.
Öffentliche Sicherheit 369.
Öffentliche Verwaltung 5.
Öffentliches Eigentum 331.
Öffentliches Interesse 133, 244, 292.
Öffentliches Recht 43 f., 49 f., 369.
Öffentliches Unternehmen 293, 299 f.
Öffentlichkeit der Gewässer 346.
— der Straße 329.
— der Wege 342 f.
Öffentlich-rechtliche Persönlichkeit 102.
— Verbände 101.
— Verhältnisse 57 f.; s. a. Ansprüche, Bücher, Eigentumsbeschränkungen, Entschädigung, Gesamtverhältnisse, Geschäftsfähigkeit, Gesellschaft, Korporationen, Pflichten, Realrechte, Rechtsgeschäfte, Sachen, Stiftungen, Wassergenossenschaften, Wegeservitut.
Örtliche Kompetenz s. Kompetenz, Zuständigkeit.
Österreichischer Verwaltungsgerichtshof 241.
Ofenklappenverbot 89.
Opfer, besonderes 282, 284.
Ordentliche Gerichte s. Gerichte.
„Ordnungsstrafe" 210 ff.; s. auch Ungehorsamsstrafe.
Organe einer juristischen Person 152; s. auch juristische Person.
Organfunktionen 114, 264, 265.
Organisationsverordnungen 64, 72.
Ortsarmenverbände 96, 104; s. auch Armenwesen, Unterstützungswohnsitz.
Ortsbauplan 220; s. auch Bebauungsplan.
Ortsbaustatuten 79.
Ortsgesetze s. Ortsstatuten.
Ortskrankenkassen 97; s. auch Arbeiterversicherung.
Ortspolizei 80, 111, 114, 115.
Ortsstatuten 79, 116.
Ortsstraße 343; s. auch Straße.
Ortsüblichkeit 371, 384.

P.

Parteien im Verwaltungsstreitverfahren 250 ff.
Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts 251.
Patentanspruch 146, 306.
Patentverletzung 306.
Pension s. Beamtenpension.
Persönliche Rechtsverhältnisse 147 ff.
Personalsteuer 392.
Personenstand 111.
Pfändung von Eisenbahnbetriebsmitteln 325.
Pfanddeichung 389.
Pflichten, öffentliche 137, 155 ff.
Pflichtexemplare 309.
Phosphorverbot 274, 277.
Placet, Placetum regium 181.
Plätze, öffentliche 341.
Plenarentscheidungen 238.
Polen-Enteignungsgesetz 292.
Politische Polizei 369.
Politische Rechte 152, 167.
„Politische Selbstverwaltung" 95.
Polizei 6, 32, 44, 85, 124, 359 ff.
Polizeiliche Beschränkungen 359; Gerichtliche Polizei 115; Polizeigesetze 69 f., 127; Polizeiliche Pflichten 128, 359; Polizeigemäßer Zustand 368.
Polizeidelikte 14, 69, 76, 206, 273, 363.
Polizeidienstpflichten 386.
Polizeidirektion 115.
Polizeierlaubnis 353, 377 ff.
Polizeikosten 112, 116, 123.
Polizeipräsidium 115.
Polizeisachen 34, 361.
Polizeistaat 32, 360.
Polizeistrafe 150 ff.
Polizeistrafgesetzbücher 69, 77.
Polizeistunde 216.
Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt 377.
Polizeiverordnung 70, 75.
Polizeiverwaltung 115.
Popularklagen 244, 253.
Positiver Kompetenzkonflikt 28.
Postregal 319 f.
Post und Telegraphie 301, 303, 312.
Postzwang 319.
Pouvoir discrétionnaire s. Ermessen.
— municipal 99.
Präcipuallasten 345.
Präventive Mittel 117.
Preßpolizei 369.
Preußisches Oberverwaltungsgericht 233.
Privatanschlußbahnen 323.
Privatbahnen s. Konzessionen.
Private Benutzung öffentl. Sachen 334 f.
Privatgewässer 347.
Privatpostanstalten 275, 277.
Privatrechte, Entziehung 282.
Privatrechtliche Formen 60.
Privatrechtliche Handlungen der Beamten 265 f.
Privatrechtliche Regelung 135 f.
Privatrechtliche Streitigkeiten s. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.
Privatrechtstitel 36, 52, 172, 201.
Privatschlächtereien 275.
Privatschulen 321 f.
Privatwohnung 372, 373.
Privileg s. Steuerprivileg.
privilegia de non appellando 35.
— fisci 48.
Privilegien 127.
prorogatio fori 249.
Prostitution 156, 216, 369, 378.
Provinzen 79, 91, 96, 109.
Prozesse des Fiskus 218.
Prüfung der Zuständigkeit 265; s. auch Rechtmäßigkeit, Vorfragen, Zweckmäßigkeit.
Prüfungsrecht der Beamten gegenüber Dienstbefehlen 94, 117, 157, 251.
— des Richters gegenüber Verwaltungsakten 17, 73, 74, 81, 236, 237.
Publikation s. Veröffentlichung.

Q.

Qualifizierte Korporationen 100.
Quartierlast 385, 386.
Quellen 330, 348; s. auch Heilquellen.
Quellen des Verwaltungsrechts 68 f.
Quellenschutz 310, 348.
Quieta non movere 190.
Quittungskarten 403.

R.

Rayonservituten 310.
Realgewerberechte 54, 382.
Reallasten, öffentliche 387.
Realrechte, öffentliche 142, 355.
Recht auf Gewerbebetrieb 362.
Rechtsbeschwerde 242.
Rechtssetzung 17, 79 ff.
Rechtsfähigkeit 102.
Rechtsgeschäfte, öffentliche 174 f.
Rechtsgleichheit 125, 204, 282.
Rechtsirrtum 206.
Rechtskraft der Verfügungen 185 f.
— der verwaltungsgerichtlichen Urteile 257 f.
— formelle 185 f., 224.
— materielle 22, 186 f., 226, 256.
Rechtmäßige Amtsausübung 272.
Rechtsmittel im Verwaltungsstreitverfahren 249.
Rechtsnachfolge 139 f., 146, 162.
Rechtspflege 16.
Rechtsprechung 4, 13, 16.
Rechtsquellen 68 f.
Rechtsschutz 220 ff.
Rechtsschutzanspruch 167, 222.
Rechtsstaat 229 f., 232.
Rechtsstreitigkeiten s. bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.
Rechtstitel 36, 59.
Rechtsverhältnisse, öffentliche 57 f., 137 f., 146, 176.

Rechtsverkehrssteuern 392 f.
Rechtsverletzung 223, 243, 263.
Rechtsverordnung 70 f., 277.
Rechtsverweigerung 29.
Rechtsvorschriften 64.
Rechtsweg 15, 26; in Expropriationssachen 295; gegen polizeiliche Verfügungen 271; s. auch Erweiterungen.
Reflexrechte 163.
reformatio in pejus, im Beschwerdeverfahren 225, 226; im Verwaltungsstreitverfahren 254.
Regalität 54, 317.
Regale 317.
Regalflüsse 353.
Regierung 4, 5, 9, 10.
Regierungsbezirke 91.
Registrierungsabgaben 379.
Regreßansprüche gegen Beamte 270.
Reichsbeamte 271; s. auch mittelbare Reichsbeamte
Reichsbehörden 91.
Reichsgerichte (alte) 32.
Reichsgericht als Kompetenzgericht 28; als „Vorentscheidungsgericht" 270.
Reichskammergericht 32 ff.
Reichsverwaltungsgerichte 235.
Reichsversicherungsanstalt f. Angestellte 104.
Reichsversicherungsordnung s. Arbeiterversicherung.
Reinigung öffentlicher Straßen 335.
Rekurs 221.
Remonstration 221.
Repressive Mittel 117.
res judicata s. Rechtskraft.
Revisible Normen 65.
revisio in jure 65, 247.
Rezesse 83.
Richterliche Gewalt 12, 16, 94.
Richtungen der polizeilichen Tätigkeit 369.
Rodelbahn 335.
Römisches Recht 38.
Rote Fahnen 216, 371.
Rousseau 11.
Rückerwerb enteigneten Guts 293.
Rückforderung, öffentlichrechtliche 15, 172, 407.
„Rückkauf" der Eisenbahnen 184, 292, 323, 326, 358.
Rücknahme einer Verfügung 193 f.; s. auch Rechtskraft.
Rückständige Beiträge 406.
Rückwirkung 88 ff.
Ruhestörung 370.

S.

Sachen im Gemeingebrauch 328, 341 ff.
— heilige 328.
— öffentliche s. öffentliche Sachen.
Salzabgabe 404.
Salzmonopol 404.
Salzregal 404.
Satzung 79 f.; s. auch Autonomie.
Schaden im Rechtssinne 264; s. auch Entschädigung, Vermögensschaden.
Schadenersatz 36, 65, 148, 315 ff.; s. auch Entschädigung.
Schankkonzession 54, 135, 152.
— befristete 160.
Schankwirtschaften 380.
Schächtverbot 373.
Schätzungskommissionen für Enteignung 240, 272, 295.
Schaufenster 375.
Schauspielunternehmer 379; s. auch Theaterzensur.
Schiffbarkeit der Flüsse 347.
Schiffahrt 349.
Schiffahrtskanäle 320, 323.
Schiffsmühlen - Gerechtigkeit 54.
Schiffsvermessungsordnung 73.
Schlachthauszwang 275, 383.
Schlachthöfe, städtische 301.
Schleppmonopol 318.
Schließung gewerblicher Anlagen 214.
Schranken der Polizeigewalt 372.
Schriftform 180 ff.
Schuldexekution s. Zwangsvollstreckung.
Schulen, öffentliche 301; Schuldisziplin 156 f.; Schulgebäude 314, 335; Schulgemeinden 101; Schulunterhaltung 112, 113; Schulverbände 102; s. auch Volksschulen.
Schutzbezirke 310.
Schutz der Rechte s. Rechtsschutz.
Schutzmannschaft 208.
Schutzstreifen 310.
Schutzvorrichtungen 306.
Schweinestall 370.
Schweiz 19, 99, 125, 169, 232, 276.
Seen 346.
Selbständige Anstalten 103; s. auch Anstalten, öffentliche.
Selbsteinschätzung 400.
Selbstgesetzgebung s. Autonomie.
Selbstmörder 339.
Selbstverwaltung 95 ff., 98 ff.; Beamte 111 f.; Bezirke 104, 105; Verbände 79, 96 ff.
Senate 92.
Seuchenbekämpfung 366.
Servitut 293; s. auch Dienstbarkeit.
Sicherheitspolizei 369 ff.
Sicherungshypothek 137, 405.
Sicherungsmittel für öffentliche Abgaben 369 ff.
Simultangebrauch 329, 338, 339.
Singularsuccession s. Rechtsnachfolge, Sondernachfolge.
Sistierung 216; s. auch Verhaftung, Verwahrung.
Sittenpolizei 366; s. auch Prostitution.
Sofortiger Zwang 216.
Soldaten, Haftung für 268.
Sondernachfolge 144; s. auch Rechtsnachfolge.

Sondernutzungsrechte 339, 355 ff.
Sonderrechte 317.
Sonderverwaltungsgerichte 240 ff.
Sparkassen, öffentliche 301.
Speiseeis 308.
Spezialgemeinden 101.
Spezialdelegation 72.
Spezialisierung der Rechtsvorschriften 237, 367.
Spezialverwaltungsgerichte 240.
Sprachenparagraph des Vereinsgesetzes 372.
Staatsakte 171 ff.
Staatsangehörigkeit s. Entlassungsurkunde.
Staatsaufsicht 116.
Staatsbeamte s. Beamte, mittelbare Staatsbeamte.
Staatsbetriebe 303.
Staatsdruckerei 303.
Staatseisenbahnen 301.
Staatskommissar 118.
Staatsnotrecht 217.
Staatsverwaltung 91 ff.
Staatsverwaltungsbezirke 105.
Staatswissenschaftliche Methode 45.
Staffelbauplan 344.
Standesamt 111 f., 115.
stationes fisci 49.
Statuten 79; s. auch Autonomie.
Städteordnung, Steinsche 98.
Stärkung des Deutschtums 292.
Stauanlagen 355.
Stellenvermittler 152, 380.
Stellvertretung 148 f.
Stempelabgaben 402 f.; Stempelmarken 402; Stempelpapier 402.
Sterbegehalt 143.
Steuerkataster 400.
Steuern 389 f.; Steuerüberwälzung 392; Steuerbefreiung (Privileg) 129 f.; 277; direkte 174, 392; Domizil 393, 395; Doppelbesteuerung 394; Erlaß 129; Fälligkeit 401; Hinterziehg. 143 f., 198, 406, 407; Objekt 394; Rückstände 143; Subjekt 151, 394, 404; Träger 394; Veranlagung 174, 191, 226, 260, 400 f.; Verträge 202; s. auch Kirchensteuern, Rückforderung.
Stiftungen 103.
Stillschweigende Willenserklärung 182.
Störungen der öffentlichen Ordnung 374 f.
Strafen 75 f., 80, 204 f.; s. auch Ungehorsamsstrafe.
Straffähigkeit 150 f., 153.
Strafgerichte und Verwaltung 271 f.
Strafgerichtsbarkeit 13, 14, 15.
Strafmandate 205, 230.
Strafrechtssätze 69 f.
Strafsatzung 77.
Strafverfügungen 205, 206.
Straßen, öffentliche 320, 328, 329, 341 f.; Eigentümer 335; Fluchtlinien 344 (s. auch Bauflucht); Gewerbe auf Straßen 346; Reinigungspflicht 137, 345, 388; Veränderung und Verlegung 85, 286, 289, 351; Unterhalt 335, 344, 345.
Straßenanlieger 288, 351; Anliegerbeiträge 398 f.
Straßenareal, Expropriation 293.
Straßenbahnen 326 f.; s. auch Trambahnen.
Straßenbahnkonzessionen 356, 357.
Straßenbenutzungsverträge 326 f., 356 f.
Straßenregal 320, 325, 341.
Streikpostenstehen 74.
Streupflicht 344 ff.; s. auch Bestreuungspflicht.
Stundung 129, 184.
Subdelegation des Verordnungsrechts 71.
Subjekte der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse 137 ff.
Subjektive öffentl. Rechte 59 f., 123, 125, 162 f., 166 f., 243.
Subjektionsverhältnisse 39.
Subjektsteuern 391.
Subordination 93 f., 114, 117.
Subventionen, staatliche 100.
superficies solo cedit 356.
Suspensiveffekt 224; s. auch aufschiebende Wirkung.

T.

Tabakarbeiter (Entschädigung) 277.
Tabakmonopol 404.
Tabaksteuer 392.
Täuschung 198.
Tarifhoheit 325.
Teilenteignung 293.
Teilungsrezesse 200.
Teilurteile 255.
Telegraphenanstalt 301; Beamte 267; Konzession 321; Regal 319; Telegraphenträger 310.
Teppichklopfen 371.
Theaterkaution 60.
Theaterpolizei 369, 374, 375.
Theaterzensur 379, 381.
Titelzensur 375.
„Totenwege" 350.
Trambahnen 301, 323; s. auch Straßenbahnen.
Träger der öffentlichen Verwaltung 91 f.
Trennung der Gewalten 9 f., 38 f.
Treu und Glauben 190.
Trinkgelder 372.
Trinkwasserquellen 348; s. auch Wasserversorgung
Trottoirbeiträge 86, 366; s. auch Anliegerbeiträge
Trottoirreinigung 74, 146 f. 345.
Truppentransporte 322.
Truppenübungen (Jagdschädigung) 289.
Tumultgesetze 287.
Tunnelbau 306.

U.

Übergangsrecht 123 f.
Übertragener Wirkungskreis s. Gemeinden, Wirkungskreis
Übertragung des Rechts aus der Polizeierlaubnis 382.

Übertretungen 14, 205; s. auch Finanzdelikte, Polizeidelikte
Überwachungsgewalt 155, 401; s. auch Gewaltverhältnis.
Ufereigentümer 347, 353.
Umbildung zivilrechtlicher Institute 41f.
„Umkost" 387.
Umlegung von Grundstücken 294.
Umsatzsteuer s. Besitzänderungsabgabe.
Unabänderlichkeit von Verfügungen 192.
— von Rechtsverhältnissen 260.
Unbestimmtheit der Verfügungen 177.
Unfallrenten 144, 192; s. auch Arbeiterversicherung.
Ungebührstrafe 308.
Ungehorsamsdelikte 205, 271.
Ungehorsamsstrafe (Exekutivstrafe) 150, 209f.
Ungenehmigtes Bauen 382.
Ungenehmigter Gewerbebetrieb 382.
Ungültigkeit der Verfügungen 194f.
Ungültigkeit von Verträgen 130.
Universalsuccession s. Rechtsnachfolge.
Universitäten 112.
Unmittelbarer Zwang 213f.
Unpfändbarkeit 144, 325.
Unschuldig Verhaftete und Verurteilte 287.
Unselbständige Anstalt 103f; s. auch Anstalten.
Unterhaltspflicht 347; s. auch Gewässer, Straßen.
Unternehmerstraßen 323.
Untersagung von Gewerbebetrieben 191, 384.
Unterschrift 180.
Unterstützungswohnsitz 108, 173; s. auch Armenwesen.
Untersuchungsmaxime 248.
„Untertan" 121.
Untertanenpflichten 155.
Unüberprüfbares Ermessen 245ff.
Unübertragbarkeit 143, 144.
Unzuständigkeit der Beamten 264, 265.
Unzweckmäßigkeit 223.
Urteile 175; verwaltungsgerichtliche 219, 254f.

V.

Veranlagung s. Steuern.
Verantwortlichkeit der Beamten 261f.
Verband, öffentlichrechtlicher 100, 267.
Verbandsgewalt 79.
Verbandslasten 388.
Vereinbarung 82, 200; s. auch Verträge.
Vereine, politische 245.
Vereinigung von Gemeinden 108.
Vereinspolizei 368.
Vereinsrecht 368, 376.
Verfahrensmängel 195.
Verfassung 3, 85.
Verfassungsmäßig berufener Vertreter 265, 266.
Verfassungsmäßige Rechte 168, 276.
Verfassungsstaat 3, 38, 122f.
Verfolgungsermächtigung s. Vorentscheidung.
Verfolgungszwang 205.
Verfügungen 126, 175f.; Anfechtung 244; Vollstreckung 208f.; s. auch Abänderung, Rechtskraft, Rücknahme, Unabänderlichkeit, Ungültigkeit, Widerruf.
Vergleich 260.
Vergütungszinsen 408.
Verhaftung 123, 215.
Verhältnisgesetz, hamburg. 231.
Verhältnismäßigkeit des poliz. Eingriffs 377.
Verhütung strafbarer Handlungen 209, 369.
Verjährung 59, 289, 406.
Verkehrsabgaben 395, 396.
Verkehrsunternehmungen (Konzession) 319, 323.
Verkündigung 81; s. auch Kundmachung; Veröffentlichung.
Verleihung 175f.; des Enteignungsrechts 291; von Sondernutzungsrechten 354f.; s. auch Konzession.
Vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten 13.
Vermögenswert 52.
Vermögensbeschädigungen, öffentlichrechtliche 273f., 368.
Vermögensschaden 289.
Vermögenssteuer 392.
Vermögensverwaltung 97.
Veröffentlichung der Verordnungen 72.
Verordnungen 70f., 127.
— Königliche 74, 75; s. auch Polizeiverordnungen, Prüfungsrecht, Rechtsverordnungen, Verwaltungsverordnungen.
Verpfändung eingebauter Sachen 356.
Verpfändung öffentlicher Sachen 336.
Verschmelzung s. Vereinigung.
Verschulden 206.
Versicherte s. Arbeiterversicherung.
Versicherungsanstalten 104.
Versicherungsmonopol, ital. 277.
Versicherungsunternehmungen, private 380.
Versicherungsverträge, Aufhebungen von 281.
Versicherungszwang 311.
Verstaatlichung s. auch Rückkauf.
Verträge 82, 135f., 162, 182f., 199f.; Expropriationsverträge 296f.; über religiöse Kindererziehung 170; öffentlichrechtl. 182ff., 199f.; privatrechtliche 135f.; mit Straßenanliegern 288; mit Steuerpflichtigen 130; s. auch Straßenbenutzungsverträge. Vereinbarung.
Vertreter des öffentlichen Interesses 251.
Verunstaltung 365.

Verwahrloste Gemeinden 118.
Verwahrung einer Person 216.
Verwaltung 3ff., 5, 6, 122.
Verwaltung, gesetzmäßige 121 f.
Verwaltungsakte 174 f.
— auf Unterwerfung 159 f., 183.
Verwaltungsbeamte s. Beamte.
Verwaltungsbehörden 91 f., 238 f.
Verwaltungsbeschwerde s. Beschwerde.
Verwaltungsbezirke 91.
Verwaltungsermessen s. Ermessen.
Verwaltungsexekution s. Verwaltungszwang.
Verwaltungsgebühren 396.
Verwaltungsgerichte 42, 227 f.; als Kompetenzgerichtshöfe 29; Urteile 255 f.; als Vorentscheidungs-Gerichte 270; s. auch Rechtskraft, Urteile.
Verwaltungsgerichtsbarkeit 34, 39, 227 ff.
Verwaltungsjustiz 230.
Verwaltungslehre 44.
Verwaltungsnormen 77 f.
Verwaltungsorganisation 91 f.
Verwaltungsprovisorien 272.
Verwaltungsrecht 7, 47 f., 61.
Verwaltungsrechtspflege 229, 237.
„Verwaltungsrechtssachen" (Bayern) 243.
Verwaltungsrechtsprechung 39 f.; s. auch Verwaltungsgerichtsbarkeit.
Verwaltungsstrafrecht 204, 205.
Verwaltungsstreitsachen 240; s. auch Verwaltungsgerichtsbarkeit.
Verwaltungsvermögen 328, 336 f.
Verwaltungsverordnungen 62.
Verwaltungsverträge s. Verträge.
Verwaltungsvorschriften 62 f.
Verwaltungsweg 15.
Verwaltungszwang 204 ff.
Verwaltungszweige 8.
Verwirkung 193.
Verzicht 128 f., 169 f., 382.
Verzugszinsen 401, 408.
Viehverluste 398.
„Volksrechte" 98.
Volksschulen 101, 112 f., 320.
Volksvertretung 123, 125.
Vollstreckung 204 f.
— von verwaltungsgerichtlichen Urteilen 218, 260.
— von Verfügungen 207 f.
Vollstreckungsstrafe s. Ungehorsamstrafe.
Vollziehende Gewalt 92.
Vollziehung 4 ff.
Vollziehungsverfügungen 177.
Vorausleistungen s. Wegevorausleistungen.
Voraussetzungen 193, 194, 244, 246.
Vorbehalt der Abänderung 193.
„Vorbehalt des Gesetzes" 122.
Vorbehalt weiterer Bedingungen 193.
Vorbehalt des Widerrufs 193.
Vorbeugende Mittel 117.
„Vorentscheidung" 269.
Vorfragen 20 f., 236, 249.
Vorführung, zwangsweise 215.
Vorläufige Vollstreckung 224.
Vormund 149.
Vormundschaftsrichter 16, 264.
„Vorrang des Gesetzes" 69 f., 73, 82.
Vorrang bei Zwangsversteigerung 405.
Vorrechte 127, 320.
Vorsitzender von Kollegialbehörden als Berufungskläger 224, 239, 240.
Vorteilsausgleichung, öffentlichrechtliche 285, 291, 295, 387, 388.
Vorteile, faktische 281, 284, 288, 351.
Vorzugsgrab 340.
Vorzugslasten 387 f.
Vorzugssitz 340 f.

W.

Wäsche aufhängen 370.
Warenhaussteuer 390, 391.
Waffenfabrik 303.
Waffengebrauch, administrativer 208.
Waffenschein 380.
Waffentragen 217.
Wahlrecht 164, 170.
Wassergenossenschaften 101, 348.
Wasserrechtsbücher 354.
Wasserversorgung, kommunale 301.
Wasserwelle 347.
Wege, öffentliche 341 f.; s. auch Straßen.
Wege-Areal 341 f.
— -Baulast 344.
— -„Gerechtigkeit" 334.
— -Hoheit 341.
— -Konzession 321.
— -Polizei 346.
— -Servitut, öffentlichrechtliche 343.
— -Unterhalt 344.
— -Verbände 101 f., 388, 389.
— -Vorausleistungen 345.
„Wegrecht", öffentliches 343.
Wehrbeitrag 390.
Weibliche Bedienung 381.
Wertzuwachssteuer 397; s. auch contribution de la plus-value, Zuwachssteuer.
Widerklagen 249.
Widerruf s. Rechtskraft-Rücknahme.
Widerrufsvorbehalt 193.
Widerspruchsrechte 322.
Widmung zum öffentlichen Gebrauch 329, 342 f.
Wildschaden 13.
Willensmängel bei Verfügungen 194.
Winterwege 309.
Wirkungskreis öffentlicher Körperschaften 97, 105 f., 109; eigener 110, 111, 112; übertragener 97, 111, 113 f.

Wirtschaftliche Verwaltung 97.
Wirtschaftsabgaben 202.
„Wirtschaftspatent“ 382; s. auch Schankkonzession.
Wirtschaftsrecht s. Realgewerberecht, Schankkonzession.
Wirtshausverbot 366.
Wohlerworbene Rechte 31, 34, 36, 42, 55, 85, 282, 283 f., 288, 340.
Wohlfahrtspolizei 364.
Wohnsitz 108; s. auch Steuern, Unterstützungswohnsitz.

Z.

(s. auch C).

Zahlungsstatt, Leistung an 294.
Zeugnisse, Rückgabe 314.
Zeugnispflicht s. Auskunftspflicht.
Zinsen 408.
Zivilgerichte 44, 261 f.
— als Verwaltungsgerichte 229, 230, 272.
Zivilgerichtsbarkeit 13, 14, 15.
Zivilrecht 48, 61 f.
Zivilrechtsstreitigkeiten s. bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.
Zölle 392.
Zonenexpropriation 294.
Züge, eingelegte 324.
Zuschüsse, staatliche 100.
Zuständigkeit der Strafgerichte gegenüber der Verwaltung 271 f.
Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte 240 f.
— der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung 261 f.; s. auch Kompetenz.
Zustimmung des Betroffenen 158 f., 183.
Zuwachssteuer 397; s. auch Wertzuwachssteuer.
Zwang 363; s. auch sofortiger Zwang, unmittelbarer Zwang, Verwaltungszwang.
Zwang gegen Handlungsunfähige 152, 209.
— gegen den Staat 218 f.
— physischer 215.
Zwangsbefugnisse bei Flußbenutzung 348.
Zwangsbeitreibungsverfahren 213.
Zwangseinschreibung (Zwangsetatisierung) 118.
Zwangsenteignung s. Expropriation.
Zwangserziehung 366.
Zwangsheilung 157, 367.
Zwangsstrafe s. Ungehorsamstrafe.
Zwangsvollstreckung 145, 214, 218, 219, 334; s. auch Verwaltungszwang.
Zwang zum Kanalisationsanschluß 363, 368.
— zur Benutzung s. Benutzungszwang.
Zweckmäßigkeit, Prüfung der 81, 117, 246.
Zweckverbände 96.
Zweckverbandsgesetz 96.
Zwischenurteile 255.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung in Tübingen.

F. F. Mayer:

Grundzüge des Verwaltungsrechts und Rechtsverfahrens.

8. 1857. Ermäßigter Preis M. —.90.

Grundsätze des Verwaltungsrechts.

8. 1862. Ermäßigter Preis M. 2.25, gebunden M. 3.25.

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen.

K. von Stengel:

Quellensammlung zum Verwaltungsrecht des Deutschen Reiches.

8. 1902. M. 8.40, gebunden M. 9.40.

K. Götz:

Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg.

8. 1902. M. 11.—, gebunden M. 12.—.

O. von Sarwey:

Allgemeines Verwaltungsrecht.

(Handbuch des öffentlichen Rechts.)

Lex. 8. 1887. Ermäßigter Preis M. 3.—.

Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts.

begründet von

Prof. Dr. Karl Freiherrn von Stengel.

Zweite, völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage herausgegeben von

Dr. Max Fleischmann,

a. o. Professor an der Universität Königsberg i. Pr.

Erster Band A—F.

Lex. 8. 1911. Subskriptionspreis M. 22.—, gebunden M. 25.—.

Zweiter Band G—N.

Lex. 8. 1913. Subskriptionspreis M. 24.—, gebunden M. 27.—.

Für das ganze Werk ist ein Umfang von drei Bänden von etwa je 50 Druckbogen in Aussicht genommen.

Die Ausgabe erfolgt in Lieferungen von je 5 Druckbogen zu je 16 zweispaltigen Seiten zum Preise von M. 2.—. Bis jetzt sind 23 Lieferungen erschienen.

Ein Probeheft wird auf Wunsch unberechnet geliefert.

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen.

Fritz Fleiner:

Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht.

Akademische Antrittsrede. Klein 8. 1906. M. —.50.

Verwaltungsrechtsfälle

zum akademischen Gebrauch bearbeitet.

Klein 8. 1908. Kartoniert M. 1.80.

Staatsrechtliche Gesetze Württembergs.

Textausgabe mit Anmerkungen.

Zweite, ergänzte Ausgabe. Klein 8. 1907. Gebunden M. 4.—.
(Mohr'sche Ausgabe württembergischer Gesetze.)

Einzelrecht und öffentliches Interesse.

(Separatabdruck aus den „Staatsrechtlichen Abhandlungen". Festgabe für Paul Laband. II.) Groß 8. 1908. M. 1.20.

Über die Entwicklung des katholischen Kirchenrechts im 19. Jahrhundert.

Rektoratsrede, gehalten am Jahresfeste der Univertität Basel, 8. November 1901. 8. 1902. M. —.60.

F. Stein:

Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung.

8. 1912. M. 2.80, gebunden M. 3.80.

E. Ruck:

Verwaltungsrechtliche Gesetze Württembergs.

I. Band: **Gemeindeordnung.** Textausgabe mit Anmerkungen (Mohr'sche Ausgabe württembergischer Gesetze). Klein 8. 1911. Gebunden M. 5.60. II. Band: **Gemeinderecht neben der Gemeindeordnung.** Klein 8. 1911. Gebunden M. 3.60.

ARTIBUS INGENUIS
J.C.B.
1845

JN 3553 F54 1913

Fleiner, Fritz
Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 14 12 08 07 015 8